

# SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO NCPC

Adeilson Gomes de Melo<sup>1</sup>

Sergio Torres Teixeira<sup>2</sup>

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

## RESUMO

O presente trabalho objetivou introduzir de forma breve algumas considerações sobre o sistema de precedentes judiciais introduzido pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Defendendo a obrigatoriedade/dever de observância dos precedentes judiciais em prol da segurança jurídica, isonomia e coerência das decisões judiciais. Abordar de forma conceitual alguns institutos próprios desse sistema processual tal como a *ratio decidendi*, *distinguishing*, *overruling* e seus efeitos e aplicabilidade. Além disso, busca distinguir o conceito de precedente judicial dentre o conceito de decisão judicial, jurisprudência, súmula e súmula vinculante. Assim como o próprio direito material o direito processual e seus institutos tem enorme relevância como meio para se chegar ao bem-estar da vida em sociedade, sobretudo na efetivação do próprio direito material. E é assim que o sistema dos precedentes vem contribuindo para melhorar as discussões jurídicas doutrinárias e jurisprudenciais justificando a elaboração do presente trabalho.

## PALAVRAS-CHAVE

Segurança jurídica. Precedentes. Distinguishing. Overruling. Ratiodecidendi.

## ABSTRACT

The present work aimed to introduce briefly some considerations about the system of judicial precedents introduced by the New Code of Civil Procedure (Law 13,105/2015). Defending the obligation/duty to comply with judicial precedents in favor of legal certainty, isonomy and coherence of judicial decisions. Conceptually approach some institutes of this procedural system such as *ratio decidendi*, distinguishing, overruling and their effects and applicability. In addition, it seeks to distinguish the concept of judicial precedent from the concept of judicial decision, jurisprudence, summary and binding summary. Like material law itself, procedural law and its institutes have enormous relevance as a means to achieve the welfare of life in society, especially in the realization of one's own material right. And this is how the system of precedents has contributed to improve the legal discussions of doctrine and jurisprudence justifying the preparation of this work.

## KEYWORDS

Legal Certanty. Precedents. Distinguishing. Overruling. *Ratio decidendi*.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o sistema de precedentes judiciais, sua influência e aplicação no direito brasileiro, bem como, entender os institutos próprios desse sistema, tais como o *overruling* e *distinguishing* e sua contribuição para o alcance de decisões justas e coerentes.

Justifica-se pela necessidade de entender os conceitos, os institutos, bem como, quando este terá sua observância obrigatória, vinculante ou persuasiva, igualmente, a contribuição da normatização e regulamentação do sistema de precedentes para o fortalecimento da jurisprudência no Brasil, contribuindo assim para a segurança jurídica.

Para subsidio do presente trabalho nos utilizamos de pesquisa bibliográfica em livros, artigos e periódicos, bem como, notícias jornalísticas, depoimentos pessoais e consulta a decisões judiciais relacionadas ao tema, corroborando para a tese aqui defendida.

A primeira parte do trabalho é voltada para apresentar os conceitos, distinções, origem e formação do precedente. Em seguida, serão tecidas considerações acerca da aplicação e seus efeitos, bem como, as justificativas da importância desse sistema para garantir a segurança jurídica e a igualdade entre os jurisdicionado.

## 2 COMPREENDENDO O PRECEDENTE JUDICIAL: CONCEITO, ORIGEM, INSTITUTOS E FORMAÇÃO

### 2.1 ABORDAGEM CONCEITUAL E SUA DISTINÇÃO COM DECISÃO JUDICIAL

Muitos doutrinadores renomados no que tange a discussão processual veem tecendo suas considerações, contribuindo para o conhecimento e aprimoramento da técnica dos precedentes judiciais.

Assim, na busca de conceituar o que é precedente judicial Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 441) ensinam que “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Complementa os Autores, que “em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi* (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 442). De logo, cabe esclarecer que quanto a *ratio decidendi*, esta será mais adiante tratada.

Já para Marinoni (2013, p. 214) “o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”.

É imperioso ressaltar que nem toda decisão judicial é considerada um precedente por lhe faltar as características necessárias para que seja considerada com tal (MARINONI, 2013, p. 214). O conceito de decisão judicial é mais amplo, posto que, não se exige de toda decisão judicial, proferida em determinado caso concreto, tenha força para nortear o julgamento de casos futuros.

Portanto, para que haja o precedente “é necessário examinar o chamado valor transcendental” (CAMBI; HELLMAN, 2016, p. 635 apud ROSITO, 2012, p. 93) da decisão judicial a ser utilizado como paradigma na solução de casos posteriores.

Marinoni (2013, p. 213-214) elenca algumas características relevantes da decisão judicial para chegarmos a essa definição: a) se há análise da matéria de direito posta em julgamento ou apenas limitação ao contexto fático; b) se há enfrentamento das discussões de direito, mas há subordinação na conclusão ao que dispõe a letra de lei; c) se há a interpretação da lei, e, no entanto, limita-se a aplicar o entendimento de julgado que a consolidou, o que não caracteriza a formação de um precedente judicial, mas apenas uma reafirmação do entendimento firmado no âmbito do tribunal; e, d) se há enfrentamento da matéria de direito que norteia a controvérsia e dessa interpretação surge a tese jurídica que porá termos ao caso concreto, além de servir como norte na solução de casos análogos.

Assim, como bem destaca Lorena Miranda Santos Barreiros (2016, p. 193) não há um posicionamento pacífico na doutrina a respeito desse tema. Para alguns doutrinadores, assim como a referida autora, defendem a identidade dos conceitos, não havendo uma distinção, posto que toda decisão como ato-fato jurídico será um precedente. Porém, nesse ponto deixamos de acompanhar a autora por entender que nem toda decisão judicial pode ser um precedente.

O que torna a decisão judicial um precedente é o enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados à questão de direito presentes no caso concreto, independentemente de ter analisado pela primeira vez o tema discutido. (CAMBI; HELLMAN, 2016, p. 636 apud MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 265).

Nesse contexto, pode-se afirmar que todo precedente tem sua origem em uma decisão judicial, mas, a contrário senso não é correto afirmar, tendo em vista que, precedente será a decisão judicial que em um caso piloto ou não, após análise do contexto fático e da norma legal, defina a regra jurídica a ser aplicada para solução do caso concreto. Esta regra jurídica criada será utilizada como diretriz para solução de casos posteriores.

## 2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA E SÚMULA VINCULANTE

Feitas as considerações acerca da distinção de decisão judicial e precedente também é fundamental diferenciar este de jurisprudência e súmula, uma vez que, a aplicação equivocada pode gerar prejuízos a construção e aprimoramento do instituto, igualmente as partes em litígios e os demais jurisdicionados.

Nesse ponto, não há maiores divergência doutrinárias até porque este tende a ser o entendimento pacífico: são conceitos distintos.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 487), acertadamente, concluem que “um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal”. Ou seja, para que haja jurisprudência é necessário a existência de diversos casos julgados (a partir de um precedente firmado) em um determinado sentido de forma reiterada. Notadamente, além da característica quantitativa, requisito para a construção de uma jurisprudência, esta é algo que vem depois.

Há uma distinção quantitativa, pois o precedente diz respeito, em regra, a uma determinada decisão ou a um conjunto específico de julgados, ao passo que o termo jurisprudência deve corresponder a uma pluralidade de decisões em variados casos concretos. Por isso, pode-se identificar qual (quais) decisão (decisões) formou (formaram) o precedente, enquanto a jurisprudência está atrelada a uma quantidade imprecisa, podendo existir considerável número de decisões em um determinado sentido, o que pode aumentar a dificuldade de se identificar qual tenha sido o julgado condutor do entendimento firmado. (CAMBI; HELLMAN, 2016, p. 636).

Assim, para haver jurisprudência são necessários uma pluralidade de decisões de determinando tribunal no mesmo sentido, ao passo que, como visto anteriormente pelo

conceito de precedente, este se configura pela existência de apenas um julgado que tenha o condão de influenciar, orientar, ser uma diretriz no julgamento de casos futuros.

Por oportuno, há de ser feita uma crítica a respeito da confusão conceitual de por alguns juristas, seja ele advogado, juiz, promotor etc., ao buscar dá ênfase a seus argumentos na prática forense.

Comumente, utiliza-se da expressão “a jurisprudência é pacífica nesse sentido” ou “a jurisprudência é remansosa nesse sentido”, quando na verdade estamos diante de apenas uma decisão (precedente). Ressalte-se são conceitos distintos, seus efeitos e aplicabilidade também.

Por seu turno, também não se pode confundir súmula (seja ela vinculante ou persuasiva) com precedente judicial. Súmula nada mais é do que a afirmação pelo tribunal de sua jurisprudência dominante. Por sua vez, essa afirmação ocorre na forma de “resumo editado, numerado e sintético das teses vencedoras” (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 343) pacificadas por um tribunal já submetidas a amplo debate com observância os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. “Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 487)”.

Quanto súmula vinculante introduzida no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45/2004, diferencia-se da súmula persuasiva em face da matéria, procedimentos para edição, competência para criar, bem como, o efeito vinculante do enunciado.

### 2.3 ORIGEM DO SISTEMA DE PRECEDENTES: *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

A teoria dos precedentes, originária do sistema jurídico do *common law* é caracterizada por uma cultura de argumentativa, em que o juiz, após análise do caso concreto, se utilizando de princípios, normas e do costume cria a regra jurídica aplicável para pacificar o caso em lide. A solução jurídica adotada será tida como base para solução de novos conflitos sobre a mesma matéria decidida.

O sistema jurídico do *common law*, predominante nas sociedades de origem anglo-saxônica é definido pela influência do modelo de desenvolvimento social onde há uma cultura pautada pelo respeito aos costumes, aplicados também as decisões judiciais.

Assim, o sistema de precedentes evoluiu paralelamente ao próprio desenvolvimento jurisdicional, mantendo firme o respeito as decisões como forma de garantir a igualdade e a credibilidade do poder judiciário.

Por outro lado, o sistema jurídico do *civil law* tem sua origem em contexto distinto. Nasce com os preceitos revolucionários da Revolução Francesa onde havia uma necessidade de positivizar o direito para limitar o poder do Estado e garantir as conquistas da burguesia. Também com os ideais revolucionários nasceu os princípios norteadores do sistema de separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), onde cada esfera do poder estatal estava encarregada de efetivar uma função própria.

Surge assim, a cultura do direito positivo concretizado no período moderno em ordenamentos jurídicos complexos e analíticos.

No que tange ao poder judiciário, este estaria encarregado de julgar os conflitos sociais. Porém, suas decisões estavam submetidas aos estritos ditames legais. Nasce então, a concepção de que o juiz é a boca da lei (MARINONI, 2013, p. 50-56), apenas declarando a norma ou a vontade do legislador, sem nenhum poder interpretativo (Teoria Declarativa). Ou seja, a lei era tida por clara e suficiente a solução do caso concreto, restando apenas ao julgador aplicá-la.

Ocorre que esta teoria sofreu inúmeras críticas ao longo do tempo passando a ser superada pela Teoria Constitutiva em que o julgador conhece do caso concreto e faz a interpretação da norma legal (visto que o texto legal carece de alguma interpretação), criando a regra jurídica a ser aplicada.

Nesse contexto, havendo a necessidade de interpretar a norma legal para dar significados aos textos normativos surgiu as disparidades das decisões judiciais, o que, em tese, resolver-se-ia com a obediência aos precedentes dos tribunais superiores e da corte constitucional, uma vez que, estes dispõem da incumbência constitucional para dar a última palavra no que diz respeito a interpretação da norma legal.

Com maestria Marinoni (2013, p. 15-99) traça uma linha temporal para explicar a aproximação entre os sistemas jurídicos do civil law e do common law, justificando a possibilidade de adoção do sistema de precedentes judiciais pelo nosso sistema processual, bem como, a necessidade/dever de respeito as decisões judiciais como afirmação dos Princípios Constitucionais da isonomia e segurança jurídica.

Assim, parte doutrina passou a encampar a tese de necessidade de adoção do sistema de precedentes pelo sistema processual brasileiro, como forma de fortalecer a jurisprudência, o respeito as decisões judiciais e principalmente garantir a isonomia e a segurança jurídica.

Por outro lado, o próprio poder judiciário passou a aplicar, mesmo que de forma tímida, a sistemática dos precedentes judiciais como se denota pela análise do acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.081.573/RJ, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques. Vejamos a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ICMS. ÁGUA CANALIZADA. NÃO-INCIDÊNCIA. 1. O acórdão recorrido analisou todas as questões atinentes à lide, só que de forma contrária aos interesses da parte. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte. 2. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que o fornecimento de água potável não constitui hipótese de tributação, visto que o serviço prestado se reveste de caráter público e essencial. Precedentes: AgRg no REsp 1056579/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 5.10.2009; AgRg no REsp 1014113/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 23.6.2008; AgRg no Ag 814.335/RJ, Rel.

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ de 19.12.2007. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1081573/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010). (Grifos nossos).

Nota-se pela análise da ementa do julgado que a turma utilizasse da tese firmada em julgados anteriores passa a reafirmar seu entendimento. Em outras palavras é certo afirmar que a Egrégia Corte, antes da disciplina introduzida pelo Novo Código de Processo Civil já se utilizava da técnica dos precedentes judiciais para evitar distorções ou violação a isonomia e a coerência de suas decisões.

Por seu turno, a Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal) também já vinha sinalizado pela importância do respeito ao sistema de precedentes e sua harmonia com o sistema processual pátrio. Senão vejamos:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CORRETA APLICAÇÃO DE PRECEDENTE. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. CARÁTER INFRINGENTE. FUNGIBILIDADE. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO DE REMESSA À ORIGEM POR APLICAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. IRRECORRIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A sentença condenatória prolatada em ação coletiva é sempre genérica (artigo 95 do CDC), dependendo de prévia habilitação e liquidação pelos interessados individuais antes de iniciar a execução ou cumprimento definitivo da condenação. 3. O presente feito encontra-se em fase de habilitação individual dos exequentes e a conseqüente liquidação da sentença da ação civil pública, logo, não se pode falar em execução definitiva, e, por essa razão, corretamente aplicada a repercussão geral da controvérsia sobre os critérios de atualização dos depósitos de caderneta de poupança em razão da implementação de planos de estabilização econômica que será submetida à apreciação do Pleno desta Corte, nos autos do AI n. 722.834, da Relatoria da E. Min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.10, substituído pelo RE n. 626.307, referente aos Planos Bresser e Verão; do RE n. 591.797,

da Relatoria do E. Ministro Dias Toffoli, referente ao Plano Collor I; e do AI n. 754.745, da Relatoria do E. Min. Gilmar Mendes, referente ao Plano Collor II. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as questões de ordem nos autos do AI n. 715.410, Relatora a Ministra Ellen Gracie e do RE n. 540.410, Relator o Ministro Cezar Peluso, Dje de 05.09.2008, decidiu que esse ato judicial previsto no artigo 543-B, § 3º, do CPC, constitui mero procedimento, sem cunho decisório, contra o qual não cabe recurso. 5. Agravo regimental desprovido. (RE 677156 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013). (Grifo nosso).

Frise-se que os tribunais já se utilizavam da técnica da observância dos precedentes para fomentar a solidez da sua jurisprudência, antes de promulgado o novo diploma processual. Assim, é evidente que a norma processual apenas buscou harmonizar o sistema processual a prática forense reiterada.

#### **2.4 FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM***

Como já exposto, o precedente tem sua origem em uma decisão judicial, porém, com ela não se confundem (MARINONI, 2013, p. 213).

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 441), citando José Rogério Cruz e Tucci, disciplinam que “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Porém, além desses dois elementos mencionados por Cruz e Tucci, complementam os autores que o precedente judicial será composto por um terceiro elemento, qual seja, a argumentação jurídica (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 441-442).

Por sua vez, é importante esclarecer que, o que terá efeito transcendente além das partes que litigam no processo, seja de forma obrigatória ou persuasiva é a *ratio decidendi*, um dos elementos que compõe o precedente. Os demais elementos por tratar-se de elementos acessórios a firmação da tese jurídica será tido por *obiter dictum*.

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 442) conceituam a *ratio decidendi* ou razão de decidir como sendo:

*Ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. “A *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”.



Por sua vez, Igor Lúcio Dantas Araújo Caldas (2013, p. 19) defende que “a *ratio decidendi*, constitui a essência da tese jurídica em determinado julgamento, suficiente para decidir a lide no caso concreto. [...] a *ratio* de uma decisão é o núcleo essencial de vinculação do precedente”.

Já o professor Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 126), contribuindo para o debate indica as seguintes definições de *ratio decidendi* com base na cultura de precedentes inglesa e norte-americana. Vejamos:

- a) a regra do Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso.

Entender a *ratio decidendi* é compreender a tese jurídica firmada no caso em julgamento que não apenas influenciará, decisivamente, na parte dispositiva da decisão que fará coisa julgada entre as partes litigantes, como também terá o condão de nortear julgamentos posteriores sobre casos análogos. Entretanto, os argumentos utilizados pelos magistrados nas decisões, mas que não possui o condão de influenciar, objetivamente, no resultado do julgamento ou aqueles utilizados para decidir questões supervenientes a discursão jurídica serão tidos como *obiter dictum*.

Nas palavras de Igor Lúcio Dantas Araújo Caldas (2013, p. 19) o *obiter dictum* “compõem a fundamentação do precedente, mas não possuem caráter vinculativo”. Ou seja, são argumentos pertinentes a fundamentação da decisão, porém, refletem-se como “colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 444).

vejamos as lições de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 444), *ipsis litteris*, corroborando para melhor compreensão do *obiter dictum*.

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutica

que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (prescindível para o deslinde da controvérsia).

Nesse contexto, é fundamental que o juízo ao aplicar o precedente discorra de forma clara sobre a *ratio decidendi* e principalmente afaste os argumentos ditos de passagem (*obiter dictum*). Além disso, também se revela imprescindível a identificação do contexto fático em litígio, bem como sua semelhança aos fatos que cortejaram o precedente.

Assim, Marinoni (2013, p. 232-233) faz considerações interessante para auxiliar a compreender o significado dos institutos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* como se denota pela tiragem abaixo:

Para se compreender o significado de *obiter dictum*, ainda que na dimensão do *common law*, torna-se necessário sublinhar que a *ratio decidendi* seria um passo necessário ao alcance da decisão. Isso, fundamentalmente porque, quando se olha para uma questão perguntando-se se ela constitui *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, indaga-se sobre a necessidade ou não de seu enfrentamento a fim de se chegar à decisão.

Para identificar a *ratio decidendi* e *obiter dictum* em uma decisão judicial algumas técnicas surgiram no sistema do *Common law* e se firmaram ao longo do tempo. Dentre elas destaca-se a Técnica da Inversão conhecida como “Teste de Wambaugh” (desenvolvida por Eugene Wambaugh) (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 448), segundo a qual:

[...] a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente. Entretanto, se a inversão ou exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da *ratio decidendi*, mas, sim, de *obiter dictum* (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 448-449).

Tal método, apesar de amplamente disseminado, é muito criticado por inconsistência na identificação da razão de decidir ou tese jurídica firmada. A justificativa apresentada para inconsistência do método de Wambaugh é configurado nos casos em que existe mais de uma razão de decidir (*ratio decidendi*), e, portanto, mesmo que se suprima umas das teses jurídicas o resultado se mantém inalterado.

Outra técnica também amplamente difundida é o método de Goodhart em que se “sustenta que a *ratio decidendi* pressupõe que se identifique e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 449).

Tal técnica encontra empecilho nos ordenamentos jurídicos do *civil law* pela importância dada ao contexto fático que corteja a discussão jurídica para definir a *ratio decidendi*. Assim, a *ratio decidendi* ou razão de decidir é obtida “mediante a consideração dos fatos tratados pelo juiz como matérias ou fundamentais e da sua decisão neles baseada” (MARINONI, 2013, p. 223).

Alternativamente, surgiu uma terceira técnica chamada de híbrida ou mista em que reúne características da técnica de Wambaugh e de Goodhart que a nosso ver parece mais apropriada para se chegar a *ratio decidendi* firmada. Esta também é a conclusão adotada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 449), como se denota pela citação abaixo:

A ideia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada.

Além disso, é imperioso ressaltar que uma vez definida a tese jurídica (*ratio decidendi*) pelo tribunal, esta, gozará de estabilidade, porém, isso não se traduz em imutabilidade, ou seja, a *ratio decidendi* poderá ser alterada ou revogada (*overruling*), bem como não aplicada (*distinguishing*). Também, “a *ratio decidendi* pode ser “rebaixada” à condição de *obiter dictum*, bem como *obiter dictum* pode ser erigido à condição de *ratio decidendi*” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 446).

## 2.5 ***DISTINGUISHING*: DISTINÇÃO ENTRE O CASO CONCRETO EM JULGAMENTO E A *RATIO DECIDENDI* DO PRECEDENTE EVOCADO**

Dentre os institutos que compõe o sistema de precedentes judiciais destaca-se o *distinguishing*, uma técnica importantíssima para garantir a igualdade entre os jurisdicionados, utilizada para interpretar e aplicar o precedente judicial.

O sistema de precedentes judiciais como já exposto traz o dever dos órgãos do poder judiciário de observância da tese jurídica firmada em julgamento pretéritos de casos análogos.

Assim, para que haja a plena efetividade da justiça o mesmo sistema concretiza o *distinguishing* que nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, citado por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira “é um método de confronto, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 491)”. Ou seja, é um dever do órgão jurisdicional, não apenas aplicar o precedente firmado, como também, é seu dever verificar se há identidade entre o caso sub *judice* e os fatos e fundamentos que ensejaram o paradigma.

Entretanto, como bem destacam Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 492) há que se “desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinando precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional”.

Frise-se, a aplicação do sistema de precedente é um método complexo que vai exigir do juiz uma qualidade maior na sua argumentação e interpretação do precedente, seja para justificar a aplicação da tese firmada, seja para justificar a sua distinção (*distinguishing*).

Nesse contexto, parte da doutrina já leciona que “o direito a distinção é um corolário do Princípio Constitucional da Igualdade” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 492) Ora, o sistema de precedentes não é uma ferramenta de aplicação automática, mas pelo contrário, é exigível e plausível que o magistrado fundamente a aplicação do precedente. Por outro lado, se o magistrado ou tribunal não enfrentar o precedente, estará diante de uma decisão omissão como prever o parágrafo único, incisos I e II do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

É importante trazer a bailar que a aplicação do distinguishing pelos tribunais brasileiros assim como os demais institutos do sistema de precedentes judiciais já se operavam antes da introdução normativa do Novo Código de Processo Civil (art. 489, §1º, V e VI; art. 927, §1º, do CPC/2015).

Evidencia-se tal afirmação quando da análise da ementa do acórdão prolatado no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.362/GO, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 17/08/2010. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL.

1. [...]

**4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do distinguishing para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie.**

5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF.

6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão-somente para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do mandamus.

(RMS 31.362/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010). (Grifos nossos)

Por seu turno, a Suprema Corte já se manifestou pela aplicabilidade da técnica hermenêutica do distinguishing, ante a aplicação da tese firmada pelo tribunal, obje-

to de enunciado de súmula, como se denota nas razões do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus nº 85.185-1/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso pelo Tribunal Pleno em 10/08/2005, senão vejamos:

[...] especialmente quanto à possibilidade de que não se faz a interpretação da súmula ou de que, talvez – para usar a expressão americana -, não se devesse fazer um “*distinguishing*”, mas sabemos que, a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, há duas formas de arrostar o entendimento, um problema como este: ou vamos para a posição radical que os americanos chamam de “*overruling*”, ou fazemos o “*distinguishing*” (HC 85185, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-04 PP-00800. p. 30).

Complementa o *Íncrito Julgador* que “em alguns casos, tendo em vista razões de proteção judicial efetiva, temos admitido um “*distinguishing*” em relação a essa Súmula” (HC 85185, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-04 PP-00800. p. 63).

Diante do exposto, ressalta-se além da importância do instituto para a evolução do direito brasileiro, a sua imensa contribuição para a efetividade da isonomia no direito pátrio.

## 2.6 OVERRULING: SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

O *overruling* é outra técnica consagrada pelos sistemas jurídicos que adotam o respeito aos precedentes como diretrizes para suas decisões futuras. Tal método revela-se de fundamental importância por viabilizar a evolução do direito frente as mudanças sociais. É concretizado principalmente pela possibilidade de o precedente ser superado ou revogado.

Para Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira o “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente” (DIDIER JR. *et al.*, 2015, p. 494).

Essa superação pode ocorrer de forma expressa, quando o juiz ou tribunal declara a superação da tese jurídica até então vigente ou de forma tácita, quando pela análise dos julgados nota-se contrariedade a ela.

Porém, admitir o *overruling* de forma implícita, a nosso ver, violaria as próprias diretrizes e fundamentos do nosso sistema processual que passou a exigir ampla fundamentação argumentativa para justificar a aplicação da técnica de superação (*overruling*), bem como, publicidade ao novo entendimento.

Além do mais, a falta de clareza quanto a superação do precedente prejudicaria a atuação dos tribunais *a quo* acerca da aplicação ou não do precedente, como também ao jurisdicionados que necessita de clareza e previsibilidade para desenvolver suas relações jurídicas no contexto social.

Contudo, a grande crítica a este instituto introduzido pelo Novo Código de Processo Civil é quanto a falta de critérios objetivos para que se opere o *overruling*.

Marinoni, tendo por base o direito americano e inglês, elenca alguns critérios que ensejaria a aplicação da técnica do *overruling*, quais sejam:

[...] deixar de corresponder aos padrões de congruência sociais e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação a surpresa injusta – mais fundamentam sua revogação do que a sua preservação [...] transformações da concepção moral, política e de experiência – as preposições relativas à evolução da tecnologia – [...] alteração da concepção geral do direito [...] existência de erro ou equívoco hábil a justificar a revogação do precedente [...]. (MARINONI, 2013, p. 388-401).

Celso de Albuquerque Silva citado por Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 497), contribuindo para a discussão “sintetiza as hipóteses mais comum de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável para a prática”.

É oportuno salientar que o *overruling* pode ocorrer via procedimento difuso ou concentrado. Isto é, pode ser manifestado pela parte e apreciado pelo juízo em procedimento difuso, submetendo o caso a amplo debate, bem como o próprio órgão que emanou o precedente pode rever sua jurisprudência e firmar novo precedente como previsto pelo artigo 927, §§ 2<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup>.

É importante frisar que a técnica do *overruling* já foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para rever precedentes que até então fomentavam a sua jurisprudência dominante e definir nova tese precursora de novo precedente, como se observa nesta passagem voto do Ministro relator no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/DF):

[...] O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral.

Propõe-se, de fato, um *overruling* dos precedentes relativos à matéria da presunção de inocência vis-à-vis inelegibilidades, para que se reconheça a legitimidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas. (ADI 4578, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012. p. 23).

Em outro trecho o Íncrito Ministro complementa:

A mesma lógica é aplicável à ordem jurídica brasileira e, com ainda maior razão, ao presente caso. *Permissa venia*, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas, notadamente no âmbito eleitoral.

Já é possível, portanto, revolver temas antes intocáveis, sem que se incorra na pecha de atentar contra uma democracia que – louve-se isto sempre e sempre – já está solidamente instalada. A presunção de inocência, sempre tida como absoluta, pode e deve ser relativizada para fins eleitorais ante requisitos qualificados como os exigidos pela Lei Complementar nº 135/10.

Essa nova postura encontra justificativas plenamente razoáveis e aceitáveis. [...] (ADI 4578, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012. p. 24)

Na ótica atual, a Suprema Corte manteve os critérios anteriores quanto a reforma de teses firmadas anteriormente, já pacificadas no direito brasileiro. Vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade

contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. **Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.** 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017) (Grifos nossos).

Nesse contexto, torna-se imperioso salientar que mesmo tratando-se de precedente de observância obrigatória/vinculante este pode ser afastado por ato decisório de um juiz de primeira instância, frente a análise de um caso concreto quando, por exemplo, o precedente (paradigma) funda-se em norma revogada e a conte da qual emana o precedente ainda não se manifestou acerca da sua superação.

Porém, o instituto do *overruling*, sem dúvidas, é a parte mais sensível dentro de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios/vinculantes. E é aqui que se justifica a importância da doutrina para ajudar a sedimentar os critérios ensejadores de um *overrunling*. Mais que isso, se um dos objetivos do sistema de precedentes é ter previsibilidade do direito não pode simplesmente ocorrer o *overruling* de forma abrupta. Esta superação precisa ser justificada/justificável.

Portanto, não é a mudança de opinião pessoal ou a mudança na composição de um órgão colegiado que enseja uma mudança de precedente. É fundamental e até salutar que esta mudança ocorra, porém, há que se ater a critérios objetivos que a justifique. Frise-se também, que neste ponto foi feliz o legislador quando possibilitou a modulação dos efeitos da decisão que altera ou revoga um precedente judicial já pacificado no contexto social.



### 3 SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EFEITOS E APLICABILIDADE

Há muito já se ouvia críticas ao Código de Processo Civil 1973 (Lei nº 5.869/73), principalmente sobre os procedimentos que engessavam o judiciário na sua principal função, qual seja, dar uma resposta rápida e justa para apaziguar os conflitos sociais.

Dentre as principais consequências das falhas no sistema processual destacam-se a morosidade do judiciário, a falta de meios extrajudicial de soluções de conflitos, e, principalmente, a insegurança jurídica e a falta de coerência das decisões judiciais.

Assim, em face desse cenário controverso, vários procedimentos foram adotados para minimizar o caos no judiciário brasileiro, como a introdução do mecanismo da repercussão geral, a criação dos juizados especiais e do Conselho Nacional de Justiça, a instituição do processo judicial eletrônico dentre outros mecanismos que buscaram de forma racional por fim os problemas do Poder Judiciário.

Porém, a mais significativa mudança procedimental, sem dúvidas, foi a promulgação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o novo código de processo civil. Defendido por muitos doutrinadores não apenas como uma reforma processual do código de 1973, mas como de fato um novo código, em face das profundas mudanças nos institutos, princípios e dogmas que fundamentam a nova norma processual.

Dentre as inúmeras inovações introduzidas pela nova sistemática processual, o Novo Código de Processo Civil introduziu diretrizes normativas acerca do sistema de precedentes judiciais, para fortalecer as decisões judiciais, racionalizar o julgamento de casos análogos, garantir à segurança jurídica, bem como, a coerência e integridade dos provimentos judiciais.

A estrutura básica desse sistema processual é encontrada na sua fundamentação principiológica apoiada, principalmente, nos pilares, também base do nosso sistema jurídico, quais sejam, isonomia, coerência e segurança jurídica. Assim, *prima* pela resolução de casos concretos se utilizando como parâmetro uma tese jurídica firmada em um caso pretérito.

Parte dessa inovação no sistema processual brasileiro decorre da superação daquela concepção própria ao *civil law* em que o juiz é a boca da lei (MARINONI, 2013, p. 50-56), apenas declarando a norma ou a vontade do legislador, sem nenhum poder interpretativo que prevaleceu por muitos anos.

Hoje tem prevalecido a premissa de que a atividade do juiz é criativa (MARINONI, 2013, p. 97-99), ou seja, o magistrado ao se deparar com o caso concreto irá conhecer as circunstâncias de fato que envolve o litígio, interpretar a norma e cria uma regra jurídica (*ratio decidendi*) a ser aplicada para solucionar o caso concreto.

Porém, essa atividade criativa do magistrado não é exclusivamente um convencimento livre, posto que, o magistrado deve manter um padrão lógico em suas decisões. Portanto, o juiz não pode julgar hoje e decidir A, amanhã julgar e decidir B e depois decidir C. Considerando que casos semelhantes estão sendo julgados.

É necessário seguir e manter uma uniformidade em suas decisões. É isso que a teoria dos precedentes busca e tem por finalidade. É exatamente essa normatização que a nova disciplina processual busca trazer para o direito brasileiro.

O objetivo é claro, evitar o favorecimento pessoal e principalmente garantir a segurança jurídica, a coerência e a isonomia entre casos semelhantes. Mais que isso, objetiva garantir uma mínima previsibilidade do direito aos jurisdicionados (MARINONI, 2013, p. 97) para que estes tenham confiança em promover suas relações jurídicas-sociais.

Como já exposto no presente trabalho, mesmo antes da previsão normativa do sistema de precedentes pelo Novo Código de Processo Civil tal disciplina já tinha sua aplicabilidade “deferida” pelos tribunais superiores e sua observância já era notada de forma persuasiva pelos órgãos judiciais *a quo*.

Porém, para maior efetividade das decisões judiciais e unicidade do direito, justifica-se a instituição dos precedentes judiciais pelo direito brasileiro. Assim, para melhor evidenciar a necessidade da implementação desse sistema vejamos uma breve análise com base em um caso concreto.

Após ampla discussão nos tribunais de justiça foi levado ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial nº 1.299.303/SC, de Relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, o questionamento acerca da legitimidade do consumidor final para propor ação declaratória cumulada com repetição de indébito, objetivando afastar a incidência do ICMS sobre a chamada “demanda contratada” de energia elétrica, e não efetivamente utilizada (Tema/Repetitivo nº 537).

Em julgamento realizado em 08/08/2012 a Primeira Seção firmou a seguinte tese jurídica sob o rito dos Recursos Especiais Repetitivos nos termos do artigo 543-C, do CPC/73:

Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012)

Assim, a tese jurídica firmada (*ratio decidendi*) pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo em um recurso representativo de controvérsia, era apenas uma diretriz (precedente persuasivo) a ser seguida pelas decisões dos tribunais *a quo* sem, contudo, operar de forma vinculante.

Desta forma, havia uma falta de credibilidade das decisões judiciais, mesmo quando emanadas de cortes superiores submetidas inclusive a ritos especiais: primeiro, pela falta de unicidade das decisões, uma vez que, nem sempre as decisões eram refletidas pelos atos decisórios dos juízes *a quo*; segundo, pela instabilidade do direito, uma vez que, os próprios tribunais não tinham um posicionamento pacífico sobre as matérias postas em julgamento; terceiro, pela adoção de critérios procedimentais que impedem a análise meritória dos recursos interpostos em face de decisões arbitrárias dos tribunais inferiores, que na maioria das vezes, contrárias as próprias orientações dos tribunais superiores.

Nesse contexto, visando fortalecer as decisões judiciais e racionalizar o julgamento de casos repetitivos, o Novo Código de Processo Civil passou a tratar alguns provimentos judiciais como de observância obrigatória pelos juízes e tribunais *a quo*, bem como, pelos próprios tribunais superiores. Ou seja, trata-se de precedentes judiciais que passaram a produzir efeitos vinculantes de forma vertical e horizontal, a saber:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Preliminarmente, é imperioso ressaltar a pluralidade de efeitos dos precedentes judiciais no direito brasileiro como afirma Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2015, p. 454): “(i) vinculante/obrigatórios; (ii) persuasivos; (iii) obstativos da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; e, (vi) de revisão da sentença”.

Daniel Mitidiero em exposição sobre “O Novo Código de Processo Civil” realizado em 15 de agosto de 2016 no Pleno do Tribunal Regional Federal de 5ª Região onde apresentou à seguinte conclusão, *in verbis*:

Os artigos 926 e 927 do NCPC não cria o sistema de precedentes, mas, sim, refletem o sistema de precedentes. Não foi dado as Cortes Superiores e ao STF o poder de dizer o direito, mas, elas já possuíam de forma implícita o poder de dizer o direito. O que os artigos 926 e 927 do NCPC faz é normatizar e disciplinar para que o sistema de precedentes possa ser utilizado de forma racional. (Mitidiero, Daniel. Seminário “O Novo Código de Processo Civil” realizado em 15 de agosto de 2016 no Pleno do Tribunal Regional Federal de 5ª Região)

Como, brilhantemente observado por Mitidiero, o próprio texto constitucional deu ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição o poder de dizer o direito, em última instância, em matéria constitucional. Igualmente, deu as Cortes Superiores o poder de dizer o direito, em última instância, em matéria infraconstitucional.

Ora, seria irracional pensar de forma distinta. Assim, não há que se falar ou discorrer acerca das conclusões elencadas pela doutrina sobre suposta inconstitucionalidade desses dispositivos.

Primeiro, porque mesmo antes da promulgação da norma legal os tribunais superiores já chancelavam tais institutos com já elencado ao longo desse trabalho, ou seja, há plena compatibilidade com a norma maior. Segundo, porque não se tira o poder de julgar do juiz, mas, apenas ratifica as interpretações possíveis do texto normativo por aqueles legitimados pelo constituinte para tanto. Terceiro, porque não é plausível pensar em três instâncias judiciais realizado a mesma atividade.

Ora, há que se ressaltar que possuem funções distintas: aos juízes de primeira instância cabe conhecer do caso concreto e conduzir o feito para uma decisão justa e coerente em tempo razoável; quanto aos tribunais de apelação, estes são incumbidos de efetivar o Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição, ou seja, rever as decisões monocráticas de primeira instância e uniformizar sua jurisprudência; por fim, cabe aos tribunais superiores e a corte constitucional interpretar e dar significado a texto normativo e ao direito.

Corroborando com o que aqui se defende basta analisar a súmula 7 (sete) do Superior Tribunal de justiça ao dispor que “a pretensão de simples reexame de prova

não enseja Recurso Especial (Súmula 7, Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990)” e a súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal ao dispor que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário (Súmula 279, Sessão Plenária de 13/12/1963, Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. DJ de 17/12/1963)”.

Outra crítica doutrinária que merece nossas considerações é a alegação de que a aplicação vinculante dos precedentes judiciais engessaria o sistema jurídico e impediria a evolução salutar do direito frente as transformações sociais.

Ora, primeiramente está crítica se esvai diante da consolidação do sistema do *common law* que conseguiu se manter autoaplicável durante séculos. Segundo, como visto na parte conceitual do presente trabalho o sistema de precedentes é composto por diversas técnicas que impedem o estancamento evolutivo do direito, como por exemplo, o *overruling* e *distinguishing*.

Nesse contexto, é importante salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou quanto a tal instituto como se denota na análise Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.663, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada pelo Tribunal Pleno em 08/03/2017, vejamos parte relevante da ementa:

Ementa: [...] A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988. (ADI 2663, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017)

É de extrema relevância compreender esse sistema de precedentes que o Novo Código de Processo Civil traz como norte para as decisões judiciais, seja pela necessidade de racionalização das decisões judiciais, seja pelo fortalecimento do direito jurisprudencial, seja pela própria efetividade dos princípios da segurança jurídica e duração razoável do processo.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas que ainda há muito que maturar o sistema de precedentes judiciais no direito processual brasileiro. Igualmente não há dúvidas do quanto este sistema de precedentes poderão contribuir para melhorar a efetividade do direito brasileiro.

Porém, há de se entender que a aplicação do sistema de precedentes exige-se uma força maior de interpretação e argumentação dos juízes, visto que aplicar um precedente não é copiar a fundamentação jurídica daquele e replicar para o caso *sub judice*. Aplicar o precedente é fundamentar a adequação da tese jurídica (*ratio decidendi*) firmada naquela como solução justa e adequada do caso em julgamen-

to, considerando as possibilidades de se operar uma distinção e até uma superação, porém sempre atentando a motivação.

Nesse ponto em especial, é imperioso concluir que, não é o mais plausível analisar a função do juiz de forma isolada, mas, essa deve ocorrer de forma conjunta, uma vez que, o magistrado é como um órgão para um corpo, ou seja, a função deste há de ser em consonância com a dos demais órgãos do poder judiciário.

É importante ressaltar que para se ter uma sociedade segura é imprescindível um direito cognoscível, confiável e instável, ou seja, o direito não pode mudar de forma abrupta.

Assim, o sistema de precedentes judiciais tem como objetivo fomentar o respeito as decisões judiciais, a preservação da segurança jurídica, isonomia e coerência das decisões, bem como, ter-se uma maior previsibilidade do direito.

Por fim, há de se ressaltar a importância da crítica doutrinária para aperfeiçoamento das técnicas do *distinguishing* e *overrunling*, visto a importância desses institutos para a evolução do direito.

Assim como o próprio direito material, o direito processual e seus institutos tem enorme relevância como meio para se chegar ao bem-estar da vida em sociedade, sobretudo na efetivação do próprio direito material.

Concluimos que um sistema de precedentes não se justifica pela tradição do *commom law*, mas, pela possibilidade de a norma ter mais de uma interpretação. Assim, é evidente que a norma processual apenas buscou harmonizar o sistema processual a prática forense reiterada para se ter decisões em harmonia entre o poder judiciário e o poder legislativo.

## 5 REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2016. V. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**, Sessão Plenária de 13/12/1963, Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 127. DJ de 17/12/1963.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973 (Institui o Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**, Corte Especial, julgado em 28/06/1990, DJ 03/07/1990.

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85185**, Ministro Relator CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2005, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-04 PP-00800.

BRASIL. **Lei nº 11.418**, de 19 de dezembro de 2006 (Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006 (Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1081573/RJ**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Brasília, DF, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 31.362/GO**, Ministro Relator HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 16/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4578**, Ministro Relator LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data do julgamento 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1299303/SC**, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, Brasília, DF, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 677156 ED**, Ministro Relator LUIZ FUX, Primeira Turma, Brasília, DF, data do julgamento 18/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 19-02-2013 PUBLIC 20-02-2013.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015 (Institui o Novo Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593849**, Ministro Relator EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data do julgamento 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2663**, Ministro Relator LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Brasília, DF, data do julgamento 08/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017.

BRIANEZI, Graziela Parreira. **A (ins) estabilidade das súmulas vinculantes no brasil:** uma leitura equivocada da teoria dos precedentes judiciais do sistema common law. 9 de maio de 2013. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/171>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. **Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes:** análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/11395/1/DOS%20PRECEDENTES%20JUDICIAIS%20%C3%80S%20S%C3%9AMULAS%20VINCULANTES%20-%20AN%C3%81LISE%20D.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2016. V. 3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. V.3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

CHARAN, André Luís. **Os precedentes obrigatórios no Direito Processual Civil brasileiro - Uma necessidade**. Publicado em: 17.12.2014. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85587/precedentes\\_obrigatorios\\_direito\\_charan.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85587/precedentes_obrigatorios_direito_charan.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2017.

CRUZ, José Rogério; TUCCI

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10.ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. V.2.

DIDIER JR., Fredie. *et al.* (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2016. V.3. (Coleção grandes temas do novo CPC).

DODGE, Raquel (Procuradora Geral da República). Seminário de abertura do 34º Encontro Nacional de Procuradores da República (realizado em 1º de novembro de 2017). Disponível em: <<https://youtu.be/7pLZrOVDGdA>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. **Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo**



**civil**. 2015. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1726>>. Acesso em: 28 out. 2017.

JESUS, Priscilla Silva de. **Teoria do precedente judicial e o novo código de processo civil**. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>>. Acesso em: 28 out. 2017.

LIMA, Carlos Angélico; ROCHA, Daniel Almeida. **Teoria dos precedentes judiciais – desenvolvimento histórico e diferenciação dos institutos internos**. 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/5202>>. Acesso em: 28 out. 2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito - algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>>. Acesso em: 28 out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. rev. Atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Cultura e previsibilidade do direito**. 2014. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/79444>>. Acesso em: 28 out. 2017.

MENDES, Anderson Cortez. **Dever de fundamentação no novo código de processo civil e os precedentes vinculantes**. 2015. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18434>>. Acesso em: 28 out. 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Seminário “O Novo Código de Processo Civil”**, realizado em 15 de agosto de 2016 no Pleno do Tribunal Regional Federal de 5ª Região. Disponível em: <<https://youtu.be/DqKoJkJc4PQ>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

PITZ, Vitor Felipe. **O sistema de precedentes do novo código de processo civil vs. A doutrina do Stare Decisis do Common Law**. 1 ago. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/166146>>. Acesso em: 28 out. 2017.

QUEIROZ, Joaquim Araújo de Barros. **Os precedentes obrigatórios como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais**. 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/26131>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SANTOS, Laís Carvalho Leite; LEITE, Martha Franco. **Precedentes e fundamentação adequada: estudo da aplicação do instituto do distinguishing no primeiro e no segundo grau**. Aracaju. 2015. Disponível em: <<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/handle/set/1476>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SENNA, Matheus Lima. **A formalização do sistema de precedentes no novo cpc - um avanço ou apenas mais um obstáculo?** Publicação: 2015. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/134573>>. Acesso em: 28 out. 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006. 352p.

SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. **A relação entre precedente judicial e súmula vinculante.** 2009. Disponível em: <[http://www.academia.edu/388786/rela%c3%a7%c3%a3o\\_entre\\_precedente\\_judicial\\_e\\_s%c3%bamula\\_vinculante](http://www.academia.edu/388786/rela%c3%a7%c3%a3o_entre_precedente_judicial_e_s%c3%bamula_vinculante)>. Acesso em: 28 out. 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a.3, n.2, jul-dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acesso em: 28 out. 2017.

VIDAL, Larissa Colangelo Matos. **Sistema da common law e os precedentes judiciais.** Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-da-common-law-e-os-precedentes-judiciais,56532.html>>. Acesso em: 29 out. 2017.

VIVEIROS, Mauro. **Uniformização de Entendimentos - economia, rapidez e segurança jurídica.** 2017. Disponível em: <<http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/unicemam/article/view/572>>. Acesso em: 28 out. 2017.

---

**Data do recebimento:** 21 de abril de 2018

**Data da avaliação:** 10 de junho de 2018

**Data de aceite:** 13 de junho de 2018

---

---

1 Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE.

E-mail: adeilsonmelo22@gmail.com

2 Mestre e Doutor em direito – UFPE/Faculdade de Direito do Recife); Professor Titular do Curso de Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco, professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE; Professor, coordenador científico e Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho – ESMATRA; Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco). E-Mail: sergiotteixeira@uol.com.br