

PRECEDENTES

COORDENADORES

Fredie Didier Jr
Leonardo Carneiro da Cunha
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr
Lucas Buril de Macêdo



AUTORES

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes
Ana Beatriz Rebello Presgrave
André Duarte de Carvalho
André Frederico Horta
Antonio Pereira Gaio Jr
Dierle Nunes
Eduardo Cambi
Eva Steiner
Fábio Gabriel Breitenbach
Federico D. Sedlacek
Frederick Schauer
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Fredie Didier Jr
Georges Abboud
Hermes Zaneti Jr
Hugo Chacra Carvalho e Marinho
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr
Jane Henderson
João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque
José Henrique Mouta Araújo

José María Salgado
José Rogério Cruz e Tucci
Juliana Coelho Tavares da Silva
Juraci Mourão Lopes Filho
Larissa Clare Pochmann da Silva
Leandro A. Ardoy
Lenio Streck
Lorena Miranda Santos Barreiros
Lucas Buril de Macêdo
Lúcio Grassi de Gouveia
Marcelo Veiga Franco
María Victoria Mosmann
Mateus Costa Pereira
Mateus Vargas Fogaça
Mayara de Carvalho
Michele Taruffo
Pedro Spíndola Bezerra Alves
Ravi Peixoto
Renê Francisco Heilman
Rinaldo Mouzalas
Teresa Arruda Alvim Wambier
Thomas da Rosa de Bustamante



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: PVíctor Editoração Eletrônica (pvictoredit@live.com)

P923 Precedentes / coordenadores, Fredie Didier Jr. ... [et al.]. – Salvador : Juspodivm, 2015.
780 p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3 ; coordenador geral, Fredie Didier Jr.)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-442-0485-6.

1. Precedente. 2. Precedente judicial. I. Didier Jr., Fredie. II. Cunha, Leonardo Carneiro da. III. Ataíde Jr., Jaldemiro Rodrigues de. IV. Macêdo, Lucas Buril de. V. Título.

CDD 347.014

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

O regime do precedente judicial no novo CPC

José Rogério Cruz e Tucci¹

SUMÁRIO: 1. PREMISSAS; 2. CF DE 1988 E A CRESCENTE RELEVÂNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES; 3. RELEVÂNCIA, ESTABILIDADE E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS; 4. TÉCNICAS DE UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DE OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE; 5. O PROBLEMA DA EFICÁCIA RETROATIVA DO PRECEDENTE; 6. O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CPC; 7. À GUISA DE CONCLUSÃO: ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DO PRECEDENTE JUDICIAL; 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

*“O juiz não pode ser um escravo do passado e um déspota do futuro” (Arthur Goodhart, *Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication*, Law Quarterly Review, 50, 1934).*

1. PREMISSAS

O presente artigo parte de duas premissas básicas, extraídas da atual experiência jurídica brasileira: a) o reconhecido protagonismo dos tribunais superiores; e b) a ausência de uma dogmática consolidada sobre precedente judicial.

2. CF DE 1988 E A CRESCENTE RELEVÂNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que lhe seguiram (v. g.: Código de Defesa do Consumidor, reforma da Lei de Ação Civil Pública etc.), infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro “espírito de cidadania”. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de serem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas.

Observe-se ainda que também foram incrementados, a partir do início dos anos 90, mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com

1. Advogado. Ex-Presidente da AASP. Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da USP. Coordenador do Conselho da Presidência do CNJ para a Disseminação Nacional da Jurisprudência Uniformizada.

maior efetividade, como, por exemplo, a ampliação do rol dos legitimados ativos a manejar as ações diretas de inconstitucionalidade, a ajuizar ações coletivas em prol dos interesses difusos, a consagração da autonomia e independência do Ministério Público e a opção determinada por um modelo de assistência judiciária e de promoção de acesso à justiça.

Na visão insuspeita do sociólogo e jurista Boaventura de Sousa Santos², a redemocratização e o novo marco constitucional, no Brasil, geraram maior credibilidade à utilização da vertente judicial como alternativa válida para conquistar direitos. De forma natural, os instrumentos jurídicos que já existiam no período autoritário, como a ação popular e a ação civil pública, passaram a ser amplamente colocados em evidência no foro brasileiro.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.

Tem-se outrossim clara percepção da ineficiência das agências reguladoras de serviços que também contribuem para a intervenção judicial. O recurso aos tribunais para garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos é constante. Não é crível que nos dias hoje muitos brasileiros tenham de ir à justiça para obter indenização por atraso de voo e extravio de bagagem, ou, ainda, para forçar adequada prestação de serviço em várias atividades. O Poder Judiciário está se tornando um verdadeiro SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor.

O sistema judicial passa, assim, a suplantar o sistema da administração pública, a quem, por óbvio, compete sancionar as referidas falhas.

Chega-se mesmo ao que poderíamos denominar de “banalização de demandas”, sem esquecer o papel de exator dos tribunais, na função substitutiva de ser o principal palco da cobrança de tributos, diante dos milhares de executivos fiscais que abarrotam os escaninhos dos cartórios forenses.

Ressalte-se, a propósito, que, nestes últimos anos, os nossos tribunais superiores passaram a desempenhar papel relevantíssimo, por duas diferentes razões. Em primeiro lugar, pela necessidade de uniformizar a jurisprudência, diante das incertezas e divergências de julgados, que conspiram contra a segurança jurídica. São mais de 50 tribunais de segundo grau, espalhados nos diversos Estados brasileiros.

2. . Para uma revolução democrática da justiça, Coimbra, Almedina, 2014, p. 23 ss.

Em segundo lugar, pela “nova” tarefa, que passa também a ser carreada ao Judiciário e que o coloca em destaque nos noticiários, referente aos julgamentos sobre crimes de viés político, no combate à corrupção de agentes estatais e de grandes empresários.

Há alguns anos, a população de um modo geral não conhecia o nome de nenhum ministro do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, são conhecidíssimos. Há de fato um controle social externo muito saliente da atividade jurisdicional.

Não é possível analisar, nos dias de hoje, o papel dos tribunais sem considerar as interações entre eles e os meios de comunicação. Assevera, a respeito, Sousa Santos³ que o “novo protagonismo judiciário decorrente de uma judicialização dos conflitos políticos não pode deixar de traduzir-se na politização dos conflitos judiciais. Mas é óbvio que nenhuma destas transformações sociais teriam retirado os tribunais da obscuridade e do silêncio a que desde sempre estiveram remetidos se, entretanto, não tivessem ocorrido mudanças profundas, tanto técnicas, como políticas, no domínio das tecnologias, de informação e de comunicação. Foi no bojo da expansão desta indústria que os tribunais se transformaram, quase de repente, num conteúdo apetecível. A plácida obscuridade dos processos judiciais deu lugar à trepidante ribalta dos dramas judiciais”.

Nota-se, pois, enorme influência dos tribunais superiores – inclusive do STJ e do TSE – nos outros poderes, seja na administração, seja no legislativo.

3. RELEVÂNCIA, ESTABILIDADE E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo mister, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos.

Nenhum operador do direito, de época contemporânea, pode negar a utilidade e eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.

É simplesmente indispensável, para o exercício profissional, a consulta em repertórios de julgados e em coletâneas de jurisprudência selecionadas por matérias tópicas e/ou anotadas; estas, aliás, com sucessivas edições atualizadas.

3. . Para uma revolução democrática da justiça, cit., p. 142.

Os próprios tribunais de um modo geral, zelosos em difundir os seus respectivos precedentes, disseminam-nos pela rede mundial de computadores, e até mesmo interagem e “dialogam”, *on line*, com os usuários, chegando a “responder consultas” pontuais sobre determinada questão.

Diante da desmedida pletera de recursos que pendem de julgamento em nossas cortes de justiça, a experiência tem demonstrado que os acórdãos, via de regra, são fundamentados na jurisprudência, em particular, dos tribunais superiores, fator esse que aumenta em muito a previsibilidade do resultado do processo.

Na verdade, a exigência de interpretação e aplicação, tanto quanto possível, homogênea do *ius positum* tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive, por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas.

Ocorre que, com o passar do tempo, a mudança dos paradigmas sociais implica saudável evolução das teses jurídicas e, conseqüentemente, do posicionamento dos tribunais. Isso significa que os precedentes judiciais do passado, sobre inúmeras questões, vão sendo superados por novas orientações que decorrem da dinâmica do direito.

Seja como for, é certo que tais alterações normalmente não são abruptas, até porque a uniformidade da jurisprudência garante a certeza e a previsibilidade do direito. Os cidadãos de um modo geral, informados por seus advogados, baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. Na verdade, a harmonia pretoriana integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da posição dos tribunais solapa a estabilidade dos negócios.

Ademais, a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações análogas devem ser julgadas do mesmo modo, sobretudo no Brasil, em que há grande número de tribunais. O tratamento desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos.

Em suma, ao preservar a estabilidade, orientando-se pelo precedente judicial em situações sucessivas assemelhadas, os tribunais contribuem, a um só tempo, para a certeza do direito e para a proteção da confiança na escolha do caminho trilhado pela decisão judicial.

Em nosso país, na órbita da tutela jurisdicional, avulta, a respeito dessa relevante temática, a importância do Superior Tribunal de Justiça, como corte

federal, cuja vocação precípua é a de uniformizar a interpretação e aplicação do direito nacional infraconstitucional.

E tal inequívoca função nomofilática foi reiterada, em tom de exortação, pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, em conhecido voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 228.432-RS, julgado pela Corte Especial: “O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o Superior Tribunal de Justiça é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la”.

Todavia, a despeito dessa premissa notória, o exercício profissional revela que acerca de inúmeras questões importantes há flagrante e indesejada instabilidade nos precedentes dos tribunais superiores. E isso ocorre – o que é pior – num mesmo momento temporal e sem qualquer justificação plausível!

É indiscutível que o juiz não pode ser escravo do precedente judicial, porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelo art. 131 do Código de Processo Civil.

Contudo, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário. Gino Gorla⁴, em um de seus últimos ensaios, pondera, acerca desse verdadeiro dever, que seria até temerário permitir, sem uma argumentação consistente, que um posicionamento jurisprudencial sedimentado deixasse de ser aplicado em hipótese similar.

A tutela do cidadão, que confiou no Judiciário, não pode jamais ser relegada a pretexto do poder discricionário da magistratura!

4. TÉCNICAS DE UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DE OBSERVÂNCIA DO PRECEDENTE

O expressivo número de tribunais e a ausência de uma dogmática consistente sobre precedente judicial acarreta evidente insegurança jurídica, diante da divergência jurisprudencial acerca de inúmeras teses importantes.

4. . *Precedente giudiziale*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 23, 1990, p. 11-12.

Atento a este significativo problema, de todo indesejado, o legislador pátrio estabeleceu – e continua legislando acerca da questão – inúmeras técnicas tendentes à uniformização da jurisprudência, visando sobretudo a assegurar a harmonia de julgamentos.

Os arts. 476 a 479 do Código de Processo Civil regram o instituto da uniformização da jurisprudência, cuja instauração não constitui faculdade, mas, sim, dever do juiz.

O escopo desse incidente processual, suscetível, em segundo grau, por qualquer juiz da turma julgadora ou por um dos litigantes, é o de provocar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica, quando a seu respeito ocorre divergência.

Visando à mesma finalidade, destacam-se os embargos de divergência, que constituem um meio de impugnar acórdão proferido, no âmbito de recurso extraordinário ou especial, por uma das turmas, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 496, VIII, do CPC: “São cabíveis os seguintes recursos: ... VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”).

Enfatiza, de forma precisa, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao relatar os Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 222.524-MA, que: “Os embargos de divergência foram concebidos no escopo de preservar - mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes - a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre seus julgados”.

Se os órgãos fracionários dos aludidos tribunais superiores dissentirem sobre questões de direito federal, a missão constitucional que lhes foi confiada não estará sendo cumprida. Assim, exatamente para reforçar a previsibilidade e harmonia dos julgamentos e, até mesmo, a segurança jurídica, é que os embargos de divergência se tornam um importante instrumento para resolver as inexoráveis divergências *intra muros*, ou seja, nos quadrantes das respectivas cortes de justiça.

Como bem escreve José Carlos Barbosa Moreira⁵, “os embargos de divergência visam afastar interpretação divergente do sentido das normas positivas, em tese, nos órgãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Essa é a razão maior da sua existência em nosso sistema processual”.

Acrescente-se que, no Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a regra do art. 546, I, do Código de Processo Civil, somente é admissível a interposição de embargos de divergência quando um acórdão, proferido por uma

5. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 641.

das turmas, “em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial”.

Ademais, no modelo brasileiro vigente, tão eficaz é o precedente judicial sumulado, ou até mesmo “dominante”, que, a partir da Lei 8.038/90 (art. 38), reiterada, sucessivamente, pelas Leis 9.139/95 e 9.756/98, que deram nova redação ao art. 557 do mesmo diploma processual, qualquer recurso poderá ser liminarmente indeferido, pelo relator, quando o fundamento da irresignação colidir “com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Incide, nesse caso, a denominada *súmula impeditiva de recurso*.

O § 1º-A do mesmo art. 557 dispõe que se porventura “a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Superior Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Importa notar, por outro lado, que o § 2º do art. 102, da Constituição Federal, determina que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas, federal, estadual e municipal”.

Observa-se assim que a primordial razão política inspiradora do Legislativo federal foi, sem dúvida, a de instituir um mecanismo destinado a subordinar, com eficácia vinculante, o desfecho de demandas perante juízos inferiores – monocráticos e colegiados – à decisão soberana do Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a seu turno, voltou a instituir, no sistema jurídico brasileiro, de forma generalizada, a denominada “súmula vinculante”, ao adicionar no texto da Constituição Federal o art. 103-A, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

O enunciado da súmula, a teor do § 1º do art. 2º da Lei n. 11.417/2006, que regulamentou o instituto em apreço, deve ter por “objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual

que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

Trata-se de precedente judicial com eficácia vertical obrigatória.

A desobediência enseja o ajuizamento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, contra o órgão que desrespeitou o princípio sumulado.

Até hoje foram editadas quase 40 súmulas vinculantes e, ainda, persistem mais de 700 enunciados sumulados, fixados sob a égide do antigo sistema, que não foram revistos e que detêm apenas eficácia persuasiva.

A indigitada Lei n. 11.417 introduziu ainda um importante mecanismo democrático de participação popular, na forma de *amicus curiae*, no processo de elaboração, revisão e cancelamento da súmula vinculante. Dispõe o § 2º do art. 3º que: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Acrescente-se que, mais recentemente, foi criado um interessante expediente, com a introdução dos arts. 543-B e 543-C no Código de Processo Civil, pelo qual, diante de recursos repetidos, com fundamento em idêntica controvérsia, os tribunais de origem deverão escolher um ou mais dentre eles e encaminhá-los à corte superior, sendo que os demais terão o seu respectivo processamento sobrestado.

A tese fixada pelo tribunal superior servirá de paradigma para o julgamento dos demais recursos.

O inconveniente desta técnica é que, a rigor, fere a garantia do devido processo legal, porque a parte em um recurso é atingida por decisão proferida em outro processo, sem a sua participação.

A despeito de todas estas técnicas de uniformização e de observância do precedente judicial ainda remanescem graves problemas atinentes a esta questão, inclusive no âmbito de um mesmo tribunal.

5. O PROBLEMA DA EFICÁCIA RETROATIVA DO PRECEDENTE

Cumprir destacar, já sob diferente enfoque, outro problema que ainda se encontra em aberto, uma vez que nem pelo prisma da história e tampouco pela dogmática moderna obteve solução satisfatória.

Referimo-nos à árdua questão da eficácia retroativa do “novo” precedente judicial.

Na verdade, a incerteza que nasce do advento de um novo precedente em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conhecem força vinculante da jurisprudência, uma vez que a situação de insegurança gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a *nova regula*.

Estipulada a “regra do jogo” deve ser evitada, com efeito, a perversa retroatividade de novel posicionamento pretoriano, circunstância que impede a perpetração de qualquer emboscada aos advogados, preservando-se, como precípuo escopo da jurisdição, o direito material dos litigantes.

Decorre desse importante comportamento a consciência de lealdade que deve fluir da função judicante, ao infundir confiança e segurança jurídica à sociedade e, em particular, aos jurisdicionados.

Esse problema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha, que revelou grande perplexidade com o fato de que a mudança de rumo dos precedentes judiciais pode mesmo ensejar o “desaparecimento da base do negócio, quando as partes de um acordo partiram em consonância com a situação jurídica que resultava da jurisprudência anterior”.⁶

No entanto, sem embargo da possibilidade de ocorrência dessa inevitável situação, tanto o Supremo quanto a Corte Constitucional Federal alemães consideram que as regras que proíbem a retroatividade das leis não poderiam estender-se às decisões dos tribunais. Se tal fosse possível, “conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados à uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas”.⁷

Diante do interesse da coletividade, a modulação dos efeitos pretéritos, a critério do tribunal, constitui técnica oportuna e deveras significativa, a evitar injustiça.

6. O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CPC

Na incessante busca de reafirmar a importância das decisões dos tribunais superiores, o nosso novo Código de Processo Civil valoriza os precedentes judiciais, embora sem critério científico algum.

6. Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., tr. port. José Lamego, Lisboa, Fund. C. Gulbenkian, 1997, p. 617.

7. Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 618.

O art. 926 insere uma regra, de cunho pedagógico, totalmente desnecessária e inócua: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

É o mínimo que se espera!

O art. 927 dispensa idêntico tratamento às diversas espécies de precedente, sem qualquer distinção ontológica, ao determinar que: “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”.

Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical.

Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.

À míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem.

Todavia, a despeito desse aspecto negativo, que coloca em xeque a principal regra sobre tal importante matéria, merece destaque o alvitre cuidadoso e democrático que disciplina o superamento do precedente, inclusive no que se refere ao tormentoso problema de sua eficácia retroativa.

Com efeito, preceituam os sucessivos parágrafos do art. 927 que: “§ 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”; e “§ 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”.

Ademais, o subseqüente § 5º do mesmo art. 927 determina que: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Torna-se realmente imperioso que os tribunais divulguem as suas decisões, sobretudo daquelas referentes às teses mais polêmicas, a nortear as demais cortes de justiça, evitando com isso, indesejada divergência pretoriana.

7. À GUIA DE CONCLUSÃO: ESBOÇO DE UMA TEORIA GERAL DO PRECEDENTE JUDICIAL

Seja como for, para bem compreender e interpretar as regras do novo Código de Processo Civil sobre esta temática, necessário se torna traçar algumas linhas mestras que podem ser consideradas comuns à dinâmica das decisões judiciais.

Na verdade, uma teoria sobre os precedentes que aspire a ser geral, e portanto desfrutar de alguma utilidade heurística, deve, segundo entendo, partir da premissa de que o precedente é uma realidade em sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, e que apresenta características próprias em diferentes legislações.

O regime do precedente judicial opera em todo sistema jurídico a partir da interação de vários fatores, que podem ser classificados, segundo esquema traçado por Michele Taruffo⁸, pelos seguintes vetores: 1. a dimensão institucional; 2. a dimensão objetiva; 3. a dimensão estrutural; e 4. a dimensão da eficácia.⁹

A primeira delas - a dimensão institucional - deve ser analisada à luz da organização judiciária e a forma pela qual a relação de subordinação hierárquica entre os tribunais é escalonada. Entram aqui em cena as espécies de precedente vertical, horizontal e auto-precedente (precedente no âmbito do mesmo tribunal).

Desde que exista uma estrutura burocrática de sobreposição de tribunais, é natural que o precedente de tribunal superior, com eficácia vinculante ou não, exerça um grau de influência maior no âmbito das cortes e juízos inferiores.

8. . *Dimensioni del precedente giudiziario*, Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, Milano, Giuffrè, 1994, p. 387-388.

É claro que o denominado auto-precedente, via de regra, também se impõe, *interna corporis*, como medida de coerência, além, é claro, da segurança jurídica que deve ser preservada pelos tribunais.

Pelo contrário, os precedentes horizontais, provenientes de órgãos postados no mesmo patamar hierárquico, possuem relativa eficácia persuasiva. Ressalte-se que, nessa hipótese, a autoridade intrínseca do julgado, sobretudo quando estiver enfrentando matéria nova, poderá realmente ser seguida por outros tribunais.

A dimensão objetiva do precedente, por outro lado, diz respeito à determinação de sua influência na decisão de casos futuros. Tem aqui relevância a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tendo-se em vista que o predicado formal de precedente é atribuído apenas à *ratio decidendi*.

Já no tocante à dimensão estrutural, ou seja, ao conceito substancial de precedente, exige-se, normalmente, um número considerável de decisões similares, para chegar-se à concepção de “jurisprudência consolidada”, “dominante” ou “unânime”.

Assinale-se que, nessa hipótese, o fator temporal também é importante, porque uma orientação pretoriana sedimentada reclama, normalmente, um longo período.

• Precedentes contraditórios, em qualquer sistema jurídico, também geram um problema que deve ser resolvido pelo tribunal que está incumbido de decidir o caso sucessivo.

Finalmente, a dimensão da eficácia deriva do grau de influência que o precedente exerce sobre a futura decisão em um caso análogo, ou ainda da técnica instituída pela legislação, quanto à sua respectiva eficácia (vinculante ou simplesmente persuasiva).

Aduza-se que, sob tal perspectiva, as técnicas do *overruling* (*common law*) e do *revirement* (*civil law*) representam situações específicas e excepcionais com o escopo de excluir do ordenamento jurídico determinado precedente, ultrapassado, para substituí-lo por outro que melhor se ajuste à hipótese então examinada, à luz da realidade do momento em que a decisão é proferida.

Não é preciso dizer, a esse respeito, que a preservação, na medida do possível, das correntes predominantes da jurisprudência, constitui obra de boa política judiciária, porque infunde na sociedade confiança no Poder Judiciário.

Mas é evidente, por outro lado, que a jurisprudência deve evoluir, dando resposta, realista e tempestiva, às exigências sociais em constante transformação.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barbosa Moreira, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- Gorla, Gino. *Precedente giudiziale*, Enciclopedia giuridica treccani, v. 23, 1990.
- Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., tr. port. José Lamego, Lisboa, Fund. C. Gulbenkian, 1997.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*, Coimbra, Almedina, 2014.
- Taruffo Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*, Studi in memoria di Gino Gorla, t. 1, Milano, Giuffrè, 1994.