

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MATHEUS KINTSCHNER ROSSI

A ÉTICA DOS PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Porto Alegre - RS

2015

MATHEUS KINTSCHNER ROSSI

**A ÉTICA DOS PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Trabalho apresentado no Curso de Especialização em Direito Processual Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre - RS

2015

“Você é livre para fazer suas escolhas, mas é prisioneiro das consequências.”

Pablo Neruda

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes no sistema judicial brasileiro, como forma de uniformizar a interpretação dos dispositivos legais e, assim, conferir tratamento isonômico aos cidadãos, bem como cognoscibilidade, calculabilidade e determinabilidade às decisões judiciais.

Palavras-Chave: Precedentes. Cortes Superiores. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. A ÉTICA DOS PRECEDENTES

3. OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. DO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES

3.2. DA POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO EM CASO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEDENTES

3.3. DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4. CONCLUSÃO

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes no sistema judicial brasileiro, como forma de uniformizar a interpretação dos dispositivos legais e, assim, conferir tratamento isonômico aos cidadãos, bem como cognoscibilidade, calculabilidade e determinabilidade às decisões judiciais.

Com base na obra “A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC” de Luiz Guilherme Marinoni, será analisado o tema dos precedentes no sistema judicial brasileiro.

No livro, Marinoni utiliza-se do conceito de patrimonialismo de Max Weber, na versão difundida pelo historiador brasileiro Sérgio Buarque de Holanda no livro “Raízes do Brasil”, para explicar a cultura do “homem cordial”, aquele que não se constrange em utilizar de suas relações pessoais para afastar de si a aplicação da lei que não lhe é favorável.

Através da análise dos cinco primeiros capítulos da obra “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda, o autor demonstra como a evolução da sociedade brasileira culminou no cenário que temos hoje, onde parte dos detentores de cargos públicos valem-se destes para obter benefícios para si e para aqueles que merecem a sua confiança, ou melhor, a sua estima e simpatia.

A aversão do brasileiro à impessoalidade e à abstração das normas legais tem origem na formação cultural do país. Inicialmente, destaca-se o fato de o Brasil ter sido descoberto e colonizado por portugueses, que o utilizavam como colônia de exploração. Nas colônias exploratórias toda a riqueza produzida era enviada à metrópole e não reempregada na colônia.

Sérgio Buarque de Holanda afirma que “o que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, e não riqueza que custa trabalho. (...) Todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. (...). Nos ofícios urbanos reinavam o mesmo amor ao ganho fácil e a infixidez que tanto caracterizam, no Brasil, os trabalhos rurais. (...) Poucos indivíduos sabiam dedicar-se a vida inteira a um só mister sem se deixarem atrair por outro negócio aparentemente lucrativo. E ainda mais raros seriam os casos em que um mesmo ofício perdurava na mesma família por mais

de uma geração, como acontecia normalmente em terras onde a estratificação social alcançara maior grau de estabilidade.”¹

O quarto capítulo do livro de Buarque de Holanda, intitulado de “o semeador e o ladrilhador”, faz a distinção entre os colonizadores português e espanhol. Este – o ladrilhador – construiu cidades planejadas, demonstrando a intenção de dar ao solo colonizado ares de metrópole. O português, ao seu turno, foi um semeador de cidades, que brotavam e desenvolviam-se sem critérios, a demonstrar falta de cuidado ou de preocupação com a colônia.

Conclui-se, portanto, que os colonizadores portugueses desprezavam o trabalho e o esforço pessoal que não trouxesse rápido resultado. O Brasil – como colônia de exploração que era – não passava de um território hospedeiro, onde o colonizador-parasita buscava obter a maior quantidade de riqueza, com o menor esforço e no menor espaço de tempo possível. Por essa razão, a estabilidade e a previsibilidade nas relações sociais não eram importantes.

Marinoni acrescenta, ainda, que, o modelo de família patriarcal da época, marcado pelo afeto e pelas preferências pessoais, projetou-se sobre toda a vida social, “contaminando o espaço público com seus modos e sentimentos, o que aponta para a ausência de impessoalidade e de racionalidade na administração pública e, portanto, para o patrimonialismo”.

É nesse cenário que surge o “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda. O arquétipo é definido por Marinoni como sendo “um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelos das instituições e da Administração Pública brasileiras – que ainda permanece na cultura do país”².

O autor defende, ainda, que tudo isso penetrou na administração da justiça, levando à formação dos denominados “grupos” nos tribunais, onde prevalece a ética do tudo em favor do colega alinhado e a manipulação das decisões em favor daqueles – inclusive os governos e as corporações ligadas ao poder político - que detém relações com aqueles que ocupam os “cargos”.

¹ HOLANDA, Sergio Buarque de – **Raízes do Brasil** – p. 49, 52, 58 e 59.

² MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2014, p. 86.

Em linhas gerais, essa é a evolução histórica que desagua no cenário atual, onde as decisões judiciais são personalíssimas e em sua maioria despidas de unicidade e racionalidade. Situações idênticas podem ter soluções diversas, conforme a distribuição do processo na origem. O resultado do litígio não é previsível, mas aleatório, na medida em que depende do juiz, da câmara do tribunal, ou da turma julgadora (nos tribunais superiores) para a qual será distribuída, por sorteio.

A necessidade de implantação de um sistema judicial de precedentes vinculantes, oriundos do Supremo Tribunal Federal (em matéria constitucional) e do Superior Tribunal de Justiça (em matéria de lei federal) e as modificações que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) traz a respeito do tema, serão analisadas a seguir.

2. A ÉTICA DOS PRECEDENTES

O texto legal não é a própria norma jurídica. Em países do *civil law*, como o Brasil, onde o direito é escrito e positivado em códigos, a interpretação da legislação escrita é de suma importância. A linguagem escrita é naturalmente dotada de equivocidade e vagueza. Um mesmo texto pode ser compreendido de determinada maneira por um leitor “A” e de outra maneira diferente por um leitor “B”.

Portanto, a atividade jurisdicional reveste-se de uma importante incumbência: dar sentido ao texto legal. A norma jurídica é o resultado e não o objeto da interpretação³. Marinoni ensina que “a lei é apenas o ponto inicial a partir do qual o juiz elabora a decisão, uma vez que não se interpreta sem valorar e optar – seja por diretivas interpretativas seja por um dos resultados da atividade interpretação -, a decisão atribui significado ao texto legal, expressando uma norma jurídica. O juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito, não é mais seu servo, como coerentemente teria que admitir o adepto da ideia de que o juiz é submetido apenas à lei”⁴.

Portanto, não mais subsiste a ideia Montesquiana do juiz *bouche de la loi* (boca da lei), que se limita a repetir o texto legal, sem outorgar-lhe significado e sentido. O juiz deve interpretar o texto legal e dele extrair a norma jurídica. E é nessa premissa básica que se assenta a necessidade de se outorgar poder vinculante às decisões das Cortes de vértice (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

No sistema atual, o Poder Judiciário brasileiro organiza-se da seguinte forma: em primeiro grau de jurisdição, Juízes de Direito e Juízes Federais. Em segundo grau de jurisdição, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais. Das decisões proferidas em primeiro grau, cabe recurso aos tribunais. São recursos amplos, que devolvem à apreciação do tribunal tudo quanto for impugnado no recurso.

³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2014, p. 92 e 93.

Das decisões proferidas pelos tribunais, havendo violação ou negativa de vigência a lei federal, cabe recurso ao Superior Tribunal de Justiça, com base no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal.

Das decisões proferidas por tribunais ou pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo violação a dispositivo constitucional e demonstrada a repercussão geral da matéria, caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 102, inciso III e §3º, da Constituição Federal.

Nesse cenário, é absolutamente irracional que as decisões proferidas pelas Cortes de vértice não sejam dotadas de efeitos vinculantes em relação às instâncias inferiores.

A possibilidade das instâncias inferiores decidirem de modo diverso daquilo que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça causa enorme insegurança jurídica e instabilidade institucional.

A possibilidade de recorrer de maneira ampla aos tribunais de segundo grau rebaixa os magistrados das instâncias originárias a meros coletores de provas. E a faculdade de recorrer aos Tribunais Superiores sobre questões de direito, limita os magistrados integrantes de órgãos colegiados de segundo grau (Desembargadores e Desembargadores Federais) a revisores de prova.

A irracionalidade reside no seguinte fato: questões de direito, se prequestionadas pelas partes desde o princípio, podem fazer os processos chegar ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o que alonga sobremaneira o tempo de tramitação das causas e, na grande maioria dos casos, viola a garantia constitucional à razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁵.

A título exemplificativo, observemos a seguinte situação.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal estabelece como direito fundamental a inviolabilidade de domicílio. Essa a redação do referido artigo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵ “Art. 5º (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

(...)

XI - a **casa** é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;" (grifo aposto).

Observe-se, porém, que o texto legal utiliza a expressão "casa". Como já dito anteriormente, a linguagem falada ou escrita é dotada de equívocidade e vagueza. Para que se compreenda o conceito de "casa" é preciso que um juiz interprete o texto legal e dele retire seu sentido, extraindo, assim, a norma jurídica. E em se tratando de matéria constitucional, cabe ao Supremo Tribunal Federal definir o conceito de "casa".

No julgamento do *habeas corpus* nº 103325, Relator Min. Celso de Mello, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 03.04.2012, assim foi decidido:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. – Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do

contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS ESPAÇOS PRIVADOS NÃO ABERTOS AO PÚBLICO, ONDE ALGUÉM EXERCE ATIVIDADE PROFISSIONAL: NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). – **Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita” (NELSON HUNGRIA). Doutrina. Precedentes. – Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos, em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade (STF). – O atributo de auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilege du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes.**

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de

a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. (HC 103325, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)”

Como se pode observar, o Supremo Tribunal Federal estendeu o conceito de legal do termo “casa” “a qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade”. Assim, uma vez delimitada a conceituação do termo legal “casa”, pela Corte competente, a questão deveria estar sepultada.

Porém, a decisão acima transcrita não tem efeito vinculante, o que abre a odiosa possibilidade de se interpretar o termo legal “casa” de modo diverso do Supremo Tribunal Federal. Um caso similar ao descrito no referido acórdão, de ingresso em escritório de contabilidade para fiscalização tributária sem mandado judicial, poderá ser examinado por um magistrado de primeiro grau e ter solução diversa.

Se o magistrado de origem entender que o escritório contábil não se enquadra no conceito de “casa”, poderá julgar lícito o ingresso no local sem mandado judicial. A defesa do interessado recorrerá e talvez tenha de bater às portas do Supremo Tribunal Federal para ter assegurado seu direito fundamental de inviolabilidade de domicílio.

É irracional, ilógico e absolutamente despropositado que as Cortes de vértice tenham que se debruçar reiteradamente sobre casos similares, para reiterar posicionamentos já pacificados internamente. Uma vez conceituado o termo legal “casa”, não deveria haver possibilidade de as instâncias inferiores decidirem de modo diverso.

Marinoni afirmar que “não resta mais qualquer dúvida de que o intérprete pode, através de atividades-interpretação legítimas e razoáveis, retirar mais de

uma norma de um só texto legal, surge por mera consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o significado atribuível à lei, sem a qual, aliás, a atividade do legislador jamais ganharia completude. Essa função, como é fácil perceber, guarda relação com a necessidade de se ter uma ordem jurídica coerente e com o respeito aos espaços de liberdade, à distribuição igualitária do direito e à segurança jurídica. É que o direito mudou de lugar; abandonou o texto legal – em que, na verdade, nunca se acomodou plenamente – e passou a ocupar o lugar das decisões das Cortes Supremas. Assim, essas, por mera consequência lógica, passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, dando origem ao que se chama de precedente.”⁶

O juiz não pode mais ser a *bouche de la loi*, pois o texto legal passou a ter vários significados. O magistrado não pode estar vinculado a um texto legal que tem vários significados, devendo, isto sim, estar vinculado aos precedentes das Cortes de vértice, os quais atribuem significação a estes textos.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2014, p. 93.

3. OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. DO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES

O novo Código de Processo Civil, criado pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, regulamenta a matéria dos precedentes em seus artigos 926 e 927, que assim dispõem:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

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.”

O artigo 927, §1º, do Novo Código de Processo Civil, dispõe expressamente que, ao decidirem com base neste artigo, os juízes e tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, §1º, do Diploma Processual. Essa a redação dos referidos artigos:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (grifo apostro).

Como se pode observar, referidos dispositivos legais não contém mera recomendação, mas uma determinação aos juízes e tribunais: as decisões de órgãos judiciais superiores devem ser observadas e tem caráter vinculante.

Se alguma das partes invocar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, o magistrado deverá acolhê-los ou então demonstrar a existência de distinção com o caso em julgamento ou a superação do entendimento, sob pena de a decisão ser considerada sem fundamentação, a teor do artigo 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil.

Percebe-se, da leitura dos artigos acima transcritos, intenção legislativa idônea no sentido de outorgar às decisões das Cortes de vértice caráter vinculante.

3.2. DA POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEDENTES

No ordenamento jurídico atual - ainda em vigor o Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – os precedentes dos Tribunais Superiores só tem efeito vinculante em relação às partes integrantes da lide. O descumprimento a decisão do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça só pode ser alegado por quem integrou o processo no qual foi proferida a decisão.

Nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA PELO STJ, NO JULGAMENTO DO MS 8.241/DF. PARTES QUE NÃO FIGURARAM NA AÇÃO CUJO CUMPRIMENTO DE DECISÃO SE BUSCA GARANTIR. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECLAMAÇÃO JULGADA EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

I. Reclamação em que se alega que a FUNAI, ao editar a Resolução 220, de 30/08/2011 - que estabeleceu como marco temporal, para a análise das ocupações de boa-fé pelos não-índios, a Portaria 1.192/MJ, de 31 de dezembro de 2001, publicada no DOU de 4 de janeiro de 2002, que declarou, como posse permanente do grupo Parakanã, a Terra Indígena Apyterewa -, violou a autoridade da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 8.241/DF.

II. No julgamento do MS 8.241/DF, a Primeira Seção do STJ concedeu a ordem, em Mandado de Segurança impetrado pelo Município de São Félix do Xingu contra o Ministro de Estado da Justiça, para declarar nula a Portaria 1.192/2001, da aludida autoridade, por não terem sido

afixados, na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel, os relatórios descritivos das áreas demarcadas.

III. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **"são legitimados à propositura de reclamação todos aqueles que sejam prejudicados por atos contrários às decisões que possuam eficácia vinculante e geral (erga omnes). Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto"** (STF, AgRg na Rcl 6.078/SC, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, PLENO, DJe de 30/04/2010).

IV. O Superior Tribunal de Justiça adota entendimento no sentido de que **"não são partes legítimas para figurar no pólo passivo de Reclamação autoridades que não integraram a relação processual em que se proferiu a decisão de cujo descumprimento se reclama"** (STJ, Rcl 1.782/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 08/10/2007). Em igual sentido: STJ, AgRg na Rcl 3.042/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/05/2009; STJ, Rcl 1.669/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 14/02/2005. Do mesmo modo, esta Corte firmou jurisprudência no sentido de que "não está legitimada a reclamar do descumprimento da ordem judicial, entidade sindical que não foi parte na ação principal" (STJ, Rcl 2.163/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 20/11/2006).

V. Não tendo os reclamantes e a reclamada figurado como partes, no MS 8.241/DF - no qual proferida a decisão cujo cumprimento se pretende assegurar -, não possuem legitimidade ativa e passiva para figurar na presente Reclamação.

VI. Reclamação julgada extinta, sem resolução do mérito. Revogada a liminar anteriormente concedida. Agravo Regimental da FUNAI prejudicado.

(Rcl 12.516/PA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014)" (grifos apostos).

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AFRONTA À DECISÃO DESTE TRIBUNAL. INOCORRÊNCIA. VIA UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O instituto da Reclamação, com previsão nos artigos 105, inciso I, alínea "f", da Constituição Federal e 13, da Lei n. 8.038/1990 e, regulamentação ínsita no artigo 187 do Regimento Interno deste Tribunal, é o remédio processual adequado à preservação da competência desta Corte Superior de Justiça, bem como à garantia da autoridade de suas decisões.

II - Na espécie, o acórdão prolatado pela Quinta Turma desta Corte, examinou a controvérsia suscitada pela parte ora reclamante, negando provimento ao pleito em razão da incidência da Súmula nº 7/STJ.

III - A reclamação foi interposta para atacar violação de precedente do Supremo Tribunal Federal, o que evidencia a inadequação da via eleita, bem como sua utilização com nítido caráter de sucedâneo de recurso.

IV- Inexistindo usurpação de competência deste Superior Tribunal, bem como descumprimento de sua decisão, a manutenção da decisão recorrida, pelos seus próprios fundamentos, é de rigor.

V - Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na Rcl 15.182/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 27/05/2014)" (grifos apostos).

Todavia, o artigo 988, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil dispõe que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público, para garantir a observância do enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência” (grifo apostro).

Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia, nos termos do artigo 992 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.”

3.3. DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Outro ponto que permite visualizar a preocupação do legislador com o tratamento judicial isonômico e com a segurança jurídica é o Capítulo VIII do Novo Código de Processo Civil – Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Esses os dispositivos legais que regulamentam a matéria:

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976.

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§ 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem:

I - o relator fará a exposição do objeto do incidente;

II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente:

a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos;

b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência.

§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado.

§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.”

Como se pode observar, sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito, bem como fundado risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, será possível a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, a teor do artigo 976 do NCPC.

O pedido de instauração será dirigido ao presidente do tribunal, pelo juiz, de ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (artigo 977 do NCPC). O incidente será julgado pelo órgão responsável pela uniformização da jurisprudência do tribunal, indicado pelo regimento interno (artigo 978 do NCPC). O processo de admissão e julgamento encontra-se disciplinado nos artigos 981 a 984 do Novo Código de Processo Civil.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processo individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito, com tramitação na área de jurisdição do respectivo tribunal; e aos casos futuros que versarem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar na área de jurisdição do respectivo tribunal (artigo 985, incisos I e II, do NCPC).

Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação, a teor do artigo 985, §1º, do NCPC. A tese adotada no julgamento do incidente poderá ser revisada, de ofício, pelo tribunal ou a requerimento de qualquer dos legitimados no artigo 977, inciso III (artigo 986 do NCPC).

Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso (artigo 987 do NCPC). Apreciado o mérito do recurso especial ou extraordinário, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça a todos os casos existentes no território nacional que versem sobre idêntica questão de direito.

Tal sistemática revela a efetiva preocupação do legislador com a observância dos precedentes, quer a nível regional (tribunais), quer a nível nacional (Cortes de vértice).

4. CONCLUSÃO

A formação histórica e cultural do Brasil permitiu o surgimento do denominado “homem cordial”, referido por Sérgio Buarque de Holanda em sua obra “Raízes do Brasil”.

O “jeitinho”, tão típico da cultura brasileira, o “carteiraço” (“sabe com quem você está falando?”), o favorecimento das relações de parentesco ou amizade para fugir da abstração e da impessoalidade da lei estão arraigados na cultura do nosso país.

Tais circunstâncias refletem na maneira como é prestada a jurisdição no Brasil. Os processos tramitam de maneira lenta, por muitos anos, em razão da possibilidade de interposição de inúmeros recursos e, principalmente, porque as decisões das Cortes de vértice (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) não são dotadas de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário.

A irracionalidade desse sistema tem origem e ainda se mantém com base nas circunstâncias históricas e sociais acima descritas. A não vinculação das instâncias inferiores às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça permitem a ocorrência do “jeitinho” e perpetuação do arquétipo do “homem cordial”.

Em um sistema que não adota precedentes vinculantes, quase tudo é possível. Permite-se a existência do advogado lobbysta e do juiz corrupto, a administração dos sucessos e insucessos processuais, por parte dos grandes litigantes habituais, dentre outras situações teratológicas, próprias desse sistema irracional.

Todavia, os legisladores e os doutos integrantes das comissões especializadas que redigiram o Novo Código de Processo Civil, preocupados com essa situação, criaram dispositivos legais que buscam reverter esse cenário. Destacam-se, entre os novos institutos, o dever de observância dos precedentes, a possibilidade de reclamação em caso de descumprimento de precedentes e o incidente de resolução de demandas repetitivas, todos preocupados e orquestrados para a consecução de uma prestação jurisdicional justa, efetiva e isonômica.

Deve se observar que o desenvolvimento econômico e social e o sucesso dos investimentos estão diretamente ligados a um ambiente de segurança jurídica. Sem estabilidade jurídica, não há investimento. E sem investimento, não há aumento de produtividade e crescimento econômico.

Para que haja desenvolvimento é necessário que aqueles que trabalham, empreendem e produzem tenham confiança nos atos estatais e na administração da justiça. É preciso que o indivíduo saiba, previamente, que condutas pode ou não adotar, para que possa viver sua vida livremente e se desenvolver.

E para que isso aconteça o juiz não pode estar vinculado tão somente à lei. Como visto anteriormente, mais de um significado pode ser extraído de um mesmo texto legal, em razão da equivocidade e vagueza da linguagem escrita. O magistrado não pode estar vinculado a um texto legal que tem vários significados, devendo, isto sim, estar vinculado aos precedentes das Cortes de vértice, os quais atribuem significação a estes textos.

Nesse cenário, afigura-se imprescindível outorgar às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça efeito vinculante em relação às instâncias inferiores. Uma vez analisada determinada questão de direito pelas Cortes de vértice, deve ser suprimida a possibilidades dos outros órgãos do Poder Judiciário decidirem de maneira diversa. Com isso, conferir-se-á cognoscibilidade, calculabilidade e previsibilidade nas decisões judiciais, construindo-se, assim, um ambiente de segurança jurídica e um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Códigos de processo civil comparados – obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha - São Paulo: Saraiva, 2015;

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** – 1 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** – 3 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010;

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo** – 4 ed. rev., atual. e aumentada – São Paulo: Saraiva, 2010.