

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

EDUARDO DE SOUZA BOSSLER¹

**O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA APLICAÇÃO À
REVOGAÇÃO**

PORTO ALEGRE

2015

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pós graduando em Direito Processual Civil pela UFRGS.

EDUARDO DE SOUZA BOSSLER

**O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DA APLICAÇÃO À
REVOGAÇÃO**

Trabalho acadêmico apresentado como requisito de avaliação na disciplina de Direito Processual Civil, sobre o tema do Precedente, do Curso de Pós Graduação em **Direito Processual Civil** na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Professor Orientador:

Doutor Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre – RS

2015

RESUMO

A aprovação do Novo Código de Processo Civil, no Brasil, irá trazer muitos questionamentos sobre temas novos, como o respeito aos precedentes. Oriundo de países anglo-saxões, como Estados Unidos e Reino Unido, cujo sistema adotado é o da *common law*, a vinculação de decisões através do *stare decisis* forçará todo o Poder Judiciário a seguir determinada posição de um órgão superior.

É inegável que o precedente, através do duplo discurso judicial, dá maior isonomia e segurança jurídica, pois com a unidade no direito, haverá maior confiança da população em face da estabilização e previsibilidade das relações sociais.

No entanto, uma decisão não pode valer para sempre, sob pena de estagnação do sistema, devendo, através de critérios razoáveis, haver a superação do precedente (overruling) para o normal desenvolvimento do direito cuja aceitabilidade social é um dos seus principais de seus objetivos. E é nesse ponto que o presente ensaio pretende abordar, o precedente e sua revogação no direito brasileiro através do estudo analítico do sistema inglês e norte-americano.

Palavras chaves: Precedente. Estado Constitucional. Segurança Jurídica. Desenvolvimento do Direito. Revogação. Processo Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. UMA ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS DA COMMON LAW E CIVIL LAW	6
2. ASCENÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO DIREITO.....	10
2.1. DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO.....	14
2.2. INSEGURANÇA JURÍDICA.....	15
3. O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	19
3.1 CRITÉRIOS PARA ADOÇÃO.....	19
4. A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE NOS ESTADOS UNIDOS, NA INGLATERRA E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	25
CONCLUSÃO.....	30

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar o precedente no direito brasileiro em razão das alterações que ocorrerão pelas da aprovação do Novo Código de Processo Civil em nosso país

Para isto, no primeiro capítulo, parte-se de uma análise histórica onde será abordada a aproximação dos sistemas da *civil law* (adotado pelo Brasil) e *common law* (adotado pelos países anglo-saxões).

No capítulo seguinte, será abordada a ascensão do Estado Constitucional Social no Brasil e os problemas decorrentes na aplicação do direito que decorreram dessa evolução (desigualdade na aplicação do direito e insegurança jurídica) em razão da utilização de Princípios, Cláusulas Gerais, Conceitos Jurídicos Indeterminados na sua interpretação.

No terceiro capítulo é feita uma análise sobre as condições de ser aplicado o precedente na ordem jurídica brasileira em face da adoção desse instituto no Novo Código de Processo Civil. Assim, serão interpretados os dispositivos legais presentes no Novo CPC, a respeito do tema a fim de demonstrar a melhor forma para sua aplicação.

Por fim, será abordado o instituto da revogação do precedente (overruling) com a finalidade de adequá-la no Brasil como instrumento de redução da insegurança jurídica.

1) ANÁLISE HISTÓRICA DOS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

O Sistemas Jurídicos do *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios.²

O *civil law* originário da França, do século XIX, surgiu após a Revolução Francesa, em face da necessidade de frear os desmandos do antigo regime absolutista deposto. Assim, o Princípio da Legalidade surge como solução encontrada pela burguesia para combater o antigo regime absolutista³. A Lei se torna o ápice do Estado Liberal e quem a cria, no caso o Poder Legislativo, assume a condição de protagonista do Estado. O Executivo e o Judiciário não podem realizar nenhum ato que seja contrário a Lei, assim, diante da hegemonia do Parlamento, esses poderes assumiram posições óbvias de subordinação⁴. Nesse diapasão, ao consolidar o Estado de Direito e o princípio da legalidade, o autor Gustavo Zagrebelsky alude que “el Estado de derecho y el principio de legalid suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas a las demás fuentes del derecho.”⁵

Ainda, no Estado Legislativo, segundo a clássica obra "O Espírito das Leis" de Montesquieu, publicada em 1748, os julgamentos se davam por uma atividade minimamente intelectual, sem nenhum poder de criação de novos direitos.⁶ Como se vê, o controle aos órgãos judiciais era evidente e mostrava a realidade social vivida naquela época em que os juízes corruptos tinham que seguir

² Marinoni, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo 2013. P.21

³ Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Volume 1. Teoria Geral do Processo. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo. 2008. P. 27

⁴ Idem. P. 27

⁵ Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos. Justicia. Título original: Il Diritto Mille. Legge Diritti Giustizia. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Editora Trotta. 3º Ed. Valladolid. 1999. P. 24

⁶ Faria, Mário Carvalho. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós positivismo, Formalismo Valorativo. A Supremacia Constitucional no Estudo do Processo. Revista Ética e Filosofia Política ° 15, volume 2. Dezembro de 2012. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf. Acesso em 15 de Julho de 2014.

estritamente a lei para haver maior segurança nas relações sociais. Assinala-se que os juízes do Período Feudal eram tão comprometidos com o regime que se recusavam a admitir qualquer mudança introduzida pelo legislador⁷.

O respeito cego à generalidade e abstração atinentes à lei eram não só interessantes como fundamentais ao crescimento do Estado Liberal⁸ para conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imorais e corruptos⁹. Essas arbitrariedades suprimiam qualquer possibilidade de que houvesse estabilidade e previsibilidade na vida social e por isso a absoluta rigidez da lei era preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes.¹⁰

A importância dessa Revolução é evidente, principalmente em relação a ascensão dos princípios de liberdade e igualdade. Quanto à igualdade era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais¹¹. Com a finalidade de proteger o desenvolvimento da sociedade livre, era necessário um direito previsível, ou seja, certeza do direito¹² que era “conseguido” através de um sistema fechado onde eram previstas todas as situações passíveis de proteção, no ordenamento jurídico.

Porém, é inegável, também, que o Estado de Direito consolidado pela Revolução Francesa deu margem para a ocorrência de um dos capítulos mais tristes da história mundial que foi a ascensão dos Estados Totalitários (nazismo e fascismo) que culminou com a matança de judeus, negros, homossexuais, deficientes físicos, etc, na Segunda Guerra Mundial. Nessa esteira, o autor italiano Gustavo Zagrebelsky, ao mencionar os juristas daquela época, alude que:

⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Volume 1. Teoria Geral do Processo. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo. 2008. P28

⁸ Faria, Mário Carvalho. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós positivismo, Formalismo Valorativo. A Supremacia Constitucional no Estudo do Processo. Revista Ética e Filosofia Política ° 15, volume 2. Dezembro de 2012. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf. Acesso em 15 de Julho de 2014.

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Volume 1. Teoria Geral do Processo. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo. 2008. P.28

¹⁰ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. Revista de Processo. Volume 172. Junho de 2009. P. 121.

¹¹ *opus citatum, opere citato*. Marinoni, p. 30

¹² *Ibidem*. P. 31

“llegaran a sostener que los regímenes totalitarios eran la <restauracion> - trás la perdida de autoridad de los regimenes liberales que seguío a su democratización – del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada em la ley positiva, actuava para imponer com eficácia el derecho em la relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquia social”.¹³

Num ambiente completamente diverso do vivido na França, na Inglaterra o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos.¹⁴ O caráter da Revolução Inglesa de 1668, ao contrário da Francesa, foi conservador, ou seja, não se desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, o que se queria na verdade era confirmá-lo, validado contra um que rei que não respeitava.¹⁵

Nesse ambiente pacífico, o desenvolvimento do direito inglês pode continuar, dando a impressão que ele sempre foi como é hoje.¹⁶ Ao contrário da França, nunca houve o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão entre duas eras, uma pré e outra pós revolucionária.¹⁷

Porém, está claro que o sistema do *common law* não era como é hoje, embora, a sua principal característica pareça sempre estar presente, ou seja: casos concretos (costumes) são considerados como fonte do direito, que atualmente, só terão valor jurídico se encampando por um precedente.¹⁸

Por esta razão, há que se diferenciar o sistema do *common law* do *stare decisis*, constituindo este, apenas como elemento moderno daquele. Aponta-se que o *common law* tenha surgido a partir da invasão normanda (1066), momento em que o Conquistador refundou uma ordem feudal sob o poder político firme e centralizado, unificando a justiça em tribunais reais, com juízes profissionais, pela via

¹³ Zagrebelsky, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos. Justicia. Título original: Il Diritto Mille. Legge Diritti Giustizia. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Editora Trotta. 3º Ed. Valladolid. 1999. P. 22.

¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo 2013. P.34

¹⁵ *Ibidem*. P.46

¹⁶ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. Revista de Processo. Volume 172. Junho de 2009. P. 121.

¹⁷ *Ibidem* P. 121.

¹⁸ *Ibidem*. P. 121.

do processo, o direito comum ao reino.¹⁹ Já a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes foi estabelecida pelo direito inglês somente a partir de 1898 através do julgado *London Tramways Co. x London Country Council (Appeal Cases 375)*.²⁰ A partir desse julgado, entendeu-se que as decisões da House of Lords, vinculavam além de outros tribunais (vinculação externa), também a si próprio (vinculação interna).²¹ Desse modo, o fundamento do *stare decisis* pressupõe, como fundamento a concretização do princípio do Estado de Direito, necessário para estabilidade do mesmo.²²

A aproximação dos dois sistemas, nos países do ocidente, vem crescendo a partir do término da Segunda Guerra Mundial. Desse modo, de um lado, em los sistemas *civil law* se hace verdaderamente un amplio uso de la jurisprudencia, mientras que en los sistemas de *common law* se hace un amplio uso de la ley escrita, y áreas enteras de estos ordenamientos son en realidad “codificadas”.²³ Essa aproximação pode ser verificada através de “investigaciones desarrolladas em distintos sistemas jurídicos han demostrado que la referencia al precedente, desde hace ya vários años, no es una características peculiar de los ordenamientos de *common law*, pues está actualmente presente em casi todos los sistemas, que lo que incluye igualmente al *civil law*”²⁴. No Brasil, com o Novo CPC será mais um sistema do civil law a adotar o precedente. Assinala-se que, embora já existam em nosso país, mecanismos para tentaram dar maior segurança jurídica e igualdade na aplicação do direito (súmula vinculante, poder do relator de julgar monocraticamente recurso, desde que baseado em jurisprudência dominante dos tribunais superiores), estes não foram eficazes, na medida que se verifica a continuação dos problemas no CPC, de 1973.

¹⁹ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 81

²⁰ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 81

²¹ *Ibidem*. P. 81

²² *Ibidem*. P. 80

²³ Taruffo, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Tradução do italiano para o espanhol por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

²⁴ *Ibidem*.

2. ASCENÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL NO BRASIL E O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

As barbáries presenciadas na Segunda Guerra Mundial colocaram à tona a necessidade de mudança para que nunca mais tais fatos repugnantes ocorressem. Diante disso, a constituição emergiu como norma fundamental do Estado, tendo como base os direitos fundamentais muito mais preocupados com o ser humano. A dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito, questões sociais, entre outros valores importantes, são pilares do Estado Constitucional. Assim, o estudo constitucional do processo revela pontos que constituem conquistas da sociedade moderna e quanto os quais a percepção desta tende a ser cada vez mais aguda, à medida que a sociedade é informada sobre seus direitos²⁵.

No Brasil, após longo período de Ditadura Militar (1964-1985), em 1988, com a promulgação da Carta Política cidadã, nossa ordem jurídica positivou os fundamentos do Estado Constitucional. Isso se comprova facilmente pela organização que ela apresenta segundo o autor Daniel Mitidiero:

Pela primeira vez em nosso constitucionalismo, a Constituição inicia arrolando “princípios fundamentais” (arts. 1.º a 4.º, da CF/1988) para logo em seguida proclamar “direitos e garantias fundamentais” (arts. 5.º a 17, da CF/1988). Somente *depois* de cuidar da *pessoa e de seus direitos* é que a Constituição se ocupa da “organização do Estado” (arts. 18 a 43, da CF/1988) e da “organização dos poderes” (arts. 44 a 135, da CF/1988). A prioridade da pessoa na ordem constitucional é evidente. *Toda e qualquer construção teórica que não leve em consideração essa verdadeira primazia está destinada a falhar no teste de legitimidade substancial em que consiste a dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional.*²⁶

No entanto, surgiram novos problemas para a aplicação do direito, pois com textos legislativos dotados de vagueza, tais como *os princípios, regras e*

²⁵ Dinamarco, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. Editora Malheiros. 15º Ed. São Paulo. 2014 P.169

²⁶ Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 19

*postulados normativos, bem como a aplicação de cláusula gerais e conceitos jurídicos indeterminados*²⁷, cada juiz pode interpretar o caso concreto de modo diverso, pois é notório que não existe apenas uma resposta correta²⁸, sendo este um dos fatores que mais abala a confiança da população no poder judiciário, pois a insegurança jurídica decorrente de decisões diferentes sobre casos repetitivos afetam a previsibilidade do resultado da demanda.

Nessa toada ensina o autor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao discorrer o que:

Essa nova visão contribuiu, obviamente, para que a decisão judicial seja elaborada não só a partir de um *prius* anterior ao processo, mas também com base nos próprios elementos que nele serão colhidos. Tal acarretou uma diminuição do valor da segurança, contribuindo para reduzir a previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo e ao julgamento da lide, incrementando por conseqüência o perigo de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual. Tudo isso se potencializa porque os direitos fundamentais exibem grande força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel do juiz na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.²⁹

Assim, pode-se concluir que a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional ocasionou três grandes mudanças: a primeira no terreno das fontes jurídicas; a segunda técnica legislativa; a terceira, na compreensão da natureza da interpretação jurídica.³⁰

Em relação às fontes jurídicas os princípios deixam de ser compreendidos como fundamentos para as normas para ganhar força normativa

²⁷ Mitidiero, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial*. Revista de Processo. 2012. RePro. P.65

²⁸ Grau, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Editora: Malheiros. 4º Ed. São Paulo. 2006. P. 40. Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através de princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules (Dworkin) estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

²⁹ Oliveira, Carlos Alberto Alvaro. *Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222961767174218181901.pdf>. Acesso em 24 de Março de 2015.

³⁰ Mitidiero, Daniel. *opus citatum, opere citato*. P.65

vinculando seus destinatários.³¹ Além dessa mudança qualitativa, no Estado Constitucional convive com uma pluralidade de fontes (mudança quantitativa): a forma Código perde o seu caráter de plenitude, abundam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem para disciplina social adquirindo feição complexa.³²

Quanto à técnica legislativa, passa-se de uma legislação redigida de forma casuística (fechada) para uma legislação em que se misturam técnica casuística e aberta.³³ A cláusula geral que é uma técnica legislativa aberta, ingressou na ordem jurídica brasileira através do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil (2002) e como exemplo pode-se citar a boa-fé. Segundo a autora Judith Hofmeister Martins Costa as Cláusula Gerais:

“constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade do século passado, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório no século XIX, que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, foi radicalmente transformado, por uma forma a assumir a lei característica de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios jurídicos privados. Tem-se hoje não mais como kanon abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana.³⁴

O autor Freddie Didier Junior conceitua cláusula geral como sendo: “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa.”³⁵

³¹ Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 13

³² *Idem*. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. Revista de Processo. 2012. RePro. P.66

³³ Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 14

³⁴ Martins Costa, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as Cláusula Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

³⁵ Didier Jr. Freddie. Cláusulas Gerais Processuais. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

A mudança na compreensão da natureza da interpretação jurídica sendo esta a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.³⁶ O texto normativo é qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso identificável, *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado.³⁷ Assim, há a separação entre texto e separação, o legislador outorga textos, não norma. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários.³⁸ O conjunto de textos – disposições enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas em potenciais.³⁹

Nesta senda vale fazer referência ao caráter alográfico do direito defendido pelo autor Eros Grau. Para ele, distinguindo os dois tipos de arte: alográficas e autográficas em que aquelas (música e teatro) – a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nessas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para realização da obra.⁴⁰ E a respeito do tema concluiu o eminente autor:

A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução: a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética reclama um intérprete; o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende mediante (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete.

O direito é alográfico. E alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido” expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto. É a norma.⁴¹

Verifica-se, desse modo, a enorme diferença entre o Estado Legislativo e o Estado Constitucional, o primeiro pressupunha unidade entre texto e norma,

³⁶ Guastini, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Tradução: Edson Bini. Editora: Quartie Latim. São Paulo. 2005. P.23

³⁷ *Ibidem*. P.23

³⁸ Mitidiero, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 15

³⁹ Grau, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Editora: Malheiros. 4º Ed. São Paulo. 2006. P. 30

⁴⁰ *Ibidem*. P. 30

⁴¹ *Ibidem*. P. 30

pressupondo-se que o legislador outorgava não só o texto, mas também a norma⁴² conforme explicado no capítulo 1.

Esses fatos contribuem para enormes problemas na aplicação do Direito, entre os quais se destacam: desigualdade na sua aplicação e a insegurança jurídica decorrente de decisões díspares para os mesmos fatos e fundamentos jurídicos onde há a mudança apenas no pólo ativo ou passivo, dependendo do caso concreto.

2.1. DESIGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

No Brasil, a Constituição Federal, no artigo 5º, *caput*, acolheu o Princípio da Igualdade perante a lei como garantia fundamental do cidadão. Em que pese não fazer referência expressa quanto à igualdade perante a aplicação do direito, esta deve ser entendida implicitamente por uma simples análise lógica. Isso porquê conforme Taruffo “una corte que, sobre la misma cuestión, cambiase cada dia de opinion tendria escasa influencia y violaria cualquier principio de igualdad de lós ciudadanos a cara a la ley.”⁴³ Trata-se da exigência de que casos iguais sejam decididos igualmente, e que os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade, o que corresponde à concepção de justiça formal.⁴⁴

Não é aceitável que casos idênticos sejam julgados de forma dispare, em face do pronunciamento consolidado das Cortes Especiais, fato vivenciado no cotidiano brasileiro. Além disso, a simples mudança de magistrado, com sua convicção pessoal não pode acarretar na troca de entendimento do que já havia sido pacificado nas Cortes Superiores. Ao tentar fazer justiça no caso concreto, o juiz estará dando margem para uma injustiça maior que é a desigualdade na aplicação do direito.

⁴² Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 15

⁴³ Taruffo, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Tradução do italiano para o espanhol por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

⁴⁴ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdiccional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 81

2.2. INSEGURANÇA JURÍDICA

Além da desigualdade acima mencionada, outro problema vivenciado com a ascensão do Estado Constitucional foi a insegurança jurídica, vista como falta de previsibilidade, da confiança, da cognoscibilidade do direito. Ressalte-se que tratam de dois princípios estreitamente vinculados, pois a segurança jurídica é condição necessária para que a ordem jurídica possa assegurar a devida justiça, mediante o tratamento isonômico de situações iguais.⁴⁵

Embora, não seja um Princípio expresso na Constituição Federal, a Segurança Jurídica está presente na nossa Ordem Jurídica. Adotando-se o critério acima mencionado, que separa o texto da norma e que esta é fruto da interpretação, fica claro que pode existir norma sem disposição. Nessa toada o autor Humberto Ávila ensina que “Quais são os dispositivos que preveem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhe deem suporte físico.”⁴⁶

Em sentido similar, Ingo Wolfgang Sarlet, coloca os dispositivos constitucionais que se relacionam diretamente com o princípio da Segurança Jurídica:

Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada, e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como o princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV e XLVIII, das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla

⁴⁵ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 137-138

⁴⁶ Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. Editora: Malheiros. São Paulo. 2014. 15º Ed. P. 50

defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.⁴⁷

Feitas as devidas considerações a respeito da lacuna de dispositivo na Constituição Federal referente a Segurança Jurídica vale lembrar que a falta de previsibilidade ocasiona inúmeros transtornos na vida de todos. Num caso hipotético uma determinada empresa que não paga um determinado tributo, por haver um entendimento pacificado nos Tribunais Superiores de que este não incide por ser ilegal. Baseado nas decisões anteriores e confiando que terá ganho na causa a empresa oferece embargos à execução e investe o dinheiro para melhorias. Posteriormente, sem nenhum argumento razoável, a Corte Superior muda seu entendimento julgando improcedente a ação de embargos à execução. O impacto dessa decisão pode ser desastroso uma vez que, ao calcular os riscos, a empresa acreditando estar certa, com base no entendimento antes consolidado, confia na prestação jurisdicional adequada ao caso concreto. O desastre pode ser o fechamento da empresa bem como a demissão de inúmeros funcionários.

É direito do cidadão, protegido pelo princípio da “segurança jurídica”, que essa discussão não se eternize e que possa haver previsibilidade quanto à posição do Poder Judiciário acerca de determinada controvérsia.⁴⁸ No entanto, o modelo de certeza que o juiz empresta ao Direito é um modelo de certeza relativa, diverso, por exemplo, da certeza matemática, mas isso não obsta a busca de certos *standards* de comportamentos dos órgãos do Judiciário que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade o resultado de uma demanda posta em juízo”⁴⁹

⁴⁷Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março abril, maio, 2010. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf). Acesso em 21 de Abril de 2015.

⁴⁸ Cadore, Márcia Regina Lusa. Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência. Atlas, 2 ed. São Paulo. 2007 p. 27

⁴⁹ Nunes, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica e Súmula Vinculante. Saraiva 1º Ed. São Paulo 2010 p. 94

A divergência jurisprudencial, uma vez contida, em proporções toleráveis, e incidindo em casos justificados, não prejudica nem impede o desenvolvimento do Direito ou a eficiência da função judicial⁵⁰, pelo contrário, o direito, como qualquer outra ciência deve evoluir ao longo do tempo e essa evolução depende evidentemente das divergências surgidas nas decisões judiciais. Por isso que o voto divergente, de um desembargador ou ministro, pode revelar um entendimento importante o qual pode servir para uma futura mudança na interpretação de determinado caso.

Todavia, em situações que reclamam resposta judiciária unitária (v.g. matéria tributária, previdenciária, de servidores públicos), é absolutamente inaceitável que situações iguais recebam tratamento judicial discrepante, mormente em se considerando que o processo de conhecimento existe (e se justifica) para eliminar a crise de incerteza e não para piorá-la, e ainda ao risco de perenizar as injustiças com a futura agregação da coisa julgada.⁵¹

Nesse sentido Hermes Zaneti Jr:

A necessidade de previsibilidade que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos Órgãos de administração da justiça com segurança jurídica consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem nas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes dando conteúdo de jure, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais.⁵²

Uma questão relevante a ser abordada é o conflito entre segurança jurídica e justiça, pois é inegável que a mera exigência de previsibilidade, o máximo que se pode trazer é tornar a injustiça previsível.⁵³ Assim, citando o exemplo de Aleksander Peczenick, Humberto Ávila diz que: “ estar-se-ia aceitando, no governo

⁵⁰ Mancuso, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. *Revistas dos Tribunais* 4º Ed. São Paulo 2010 p. 171

⁵¹ *Ibidem* p. 124

⁵² Zaneti Jr. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da Jurisprudência “Persuasiva” como Base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. Coordenação: Teresa Arruda Wambier. *Revistas dos Tribunais*. Ano 39, 235, Setembro de 2014. P. 324

⁵³ Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica – Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. Malheiros. São Paulo. 2008. P. 656

nazista, os judeus teriam grande segurança jurídica, porque poderiam prever, com absoluta certeza, que seriam discriminados”.⁵⁴ Por isso que a concepção de segurança jurídica, além de envolver todas as suas dimensões, deve ser materialmente vinculada aos direitos fundamentais.⁵⁵ Do contrário, a aplicação mecânica dos precedentes, como era a aplicação mecânica da lei, no Estado Legislativo, pode dar margem para a possibilidade de volta dos regimes totalitários, fato a ser repudiado veementemente.

Assim o ideal, o ponto ótimo da Justiça, reside na consecução de uma uniformidade contemporânea, que não impeça quando, justificadamente, seja o caso eventuais alterações na sequência. Por outras palavras, que se estabilize a resposta judiciária presente, sem prejuízo de eventuais alterações num ponto futuro, se e quando tal venha justificado por eventos supervenientes: direito novo; superação da interpretação precedente por outra superlativamente mais consistente; alteração nas fontes substanciais da norma legal de regência.”⁵⁶

⁵⁴ *Ibidem*. P. 656

⁵⁵ Ávila, Humberto. Segurança Jurídica – Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. Malheiros. São Paulo. 2008. P. 656

⁵⁶ Mancuso, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. Revistas dos Tribunais 4º Ed. São Paulo 2010 p. 170.

3. O PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1. CRITÉRIOS PARA ADOÇÃO

O conceito de precedente judicial pode ser brevemente resumido como normas jurídicas que servem, no arco do processo de democratização do direito, para redução do poder discricionário dos juízes, vinculando-os às suas próprias decisões e somente neste sentido são constitucionais.⁵⁷ Aqui vale fazer menção aos dois elementos principais do precedente que são : a *ratio decidendi* e *obter dictum*. A *ratio decidendi*, como o nome já deixa claro, é a razão de decidir, vinculando de forma vertical e horizontal, os tribunais e juízes a seguirem determinado entendimento. Ela é a parte principal da decisão. Já o *obter dictum* é o elemento que tem caráter meramente persuasivo. É a razão secundária, mas importante, que levará a formação do precedente.

O novo CPC, promulgado no ano de 2015, através da lei 13.105, entrará em vigor em 2016 sob a vigência da Constituição Cidadã é, sem dúvida nenhuma, um avanço para o direito brasileiro por acolher princípios constitucionais na sua elaboração. Entre as virtudes pode-se citar a adoção do precedente, o que obrigará os juízes e Tribunais inferiores a seguirem o entendimento do STF, em matéria constitucional e do STJ, em lei federal.

Sabe-se, porém, que como qualquer empresa humana, não alcançará unanimidade, encontrando resistências ideológicas em certos setores da comunidade acadêmica, no Poder Executivo⁵⁸ e no Poder Judiciário. Para esse

⁵⁷ Zaneti Jr. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da Jurisprudência “Persuasiva” como Base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. Revista de Processo. Coordenação: Teresa Arruda Wambier. Revistas dos Tribunais. Ano 39, 235, Setembro de 2014. P. 296

⁵⁸ Medina, José Miguel Garcia. Freire, Alexandre. Freire, Alonso Reis. Para Uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013. P. 678

último Poder, em manifestação pública da AMA (Associação dos Magistrados Brasileiros) e AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil) a questão dos precedentes foi objeto de pedido de veto para a presidente da república sob o argumento de que “o legislador não pode restringir desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação (artigo 93/CF), como tampouco pode obliquamente tornar 'vinculantes' súmulas, teses e orientações jurisprudenciais que constitucionalmente não o sejam”.⁵⁹

Discordando-se da opinião acima relatada vale lembrar que no antigo Código, com suas inúmeras reformas legislativas, as decisões não tinham força vinculante (a exceção fica por conta das súmulas vinculantes editadas pelo STF, com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004) o que fazia houvesse um caos no cenário jurídico brasileiro em face do caráter “meramente” persuasivo da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Esse caos é comprovado facilmente, nas exposições de motivos do Novo CPC na seguinte passagem:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.⁶⁰

Desse modo, o livre convencimento motivado, no Novo CPC, não afetará a ordem constitucional brasileira, pelo contrário, ajudará a dar maior previsibilidade ao direito. Nessa toada a crítica do autor Lênio Streck é de suma importância:

⁵⁹ Rover Tadeu. Interferência Indevida. Legislados na pode Restringir o Conceito de Fundamentação diz ANAMATRA. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>. Acesso em 14 de Abril de 2015.

⁶⁰ Exposição de Motivos do Novo CPC. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 03 de Abril de 2015.

Ao fazermos uma análise mais detida do NCPC, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no vetusto — e autoritário— modelo social protagonista podem estar se alterando. No livro *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?*, relato uma série de decisões que simbolizam esse socialismo processual tardio e do solipsismo ínsito a esse imaginário. Agora mesmo no Rio de Janeiro um juiz convocado disse na AC 99.02.30246-7, tendo decidido da mesma forma na AC 606.345, que “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos!” Já em São Paulo, um desembargador disse, recentemente: “tenho convicção e assim decidi. Nada necessito mais dizer”.

(...)

Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do LC. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni.⁶¹

É necessário frisar, novamente, que não se quer a imposição da aplicação mecânica do precedente aos magistrados⁶², mas que estes, ao decidir o caso concreto se atenham por uma ponderação de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias (*disanologies*).⁶³

A partir da vigência do Novo CPC, segundo o artigo 926⁶⁴ os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Diante

⁶¹ Streck, Lênio Luiz. Dilema dos Dois Juízes Diante do Fim do Livre Convencimento Motivado no NCPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 04 de Abril de 2015.

⁶² Caso fosse aceita esta tese estaríamos regressando ao Estado Legislativo com a diferença de que, ao invés de os magistrados serem a “boca da lei” seriam a “boca do precedente”.

⁶³ O Efeito Vinculante e o Princípio da Motivação das Decisões Judicial: em que Sentido Pode Haver Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. *Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013. P. 353

⁶⁴ 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.

§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

desse dispositivo fica claro que a conduta de todos os tribunais deve ser pautada pelos princípios da igualdade na aplicação do direito (uniformidade da jurisprudência) e da segurança jurídica (jurisprudência estável, íntegra e coerente).

Além disso, o artigo 927, em seu *caput*, determina a observância vertical (dos tribunais superiores aos demais tribunais e juizes) dos precedentes judiciais. Para tanto, nos incisos do referido diploma legal, enumera que os juizes e tribunais inferiores observarão as súmulas e jurisprudência consolidada no STF e no STJ.⁶⁵ Ressalva-se que as súmulas não podem ser classificadas como precedentes, pois são apenas, segundo Mônica Sifuentes, “teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um *enunciado*, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem⁶⁶”. No entanto, nas súmulas não há referência dos casos que deram origem a sua edição, impedindo que se relacione/compare o caso precedente com o que será julgado. Nesta senda a crítica de Misabel de Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante é válida:

Advertimos quanto aos riscos de uma postura hermenêutica que compreende a súmula apenas a partir do denominado princípio da praticidade, pois esta postura pode levar a uma administração da justiça informada exclusivamente por argumentos pragmáticos e voltada para uma padronização massificadora da atividade jurisdicional, fazendo o juiz se afastar da sua missão institucional de promover a *individualização* do direito, ajustando-o e reconstruindo-se por meio de interpretações construtivas no contexto de sua aplicação a casos concretos.⁶⁷

⁶⁵ Art. 927. Os juizes 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

⁶⁶ Sifuentes, Mônica. Súmula Vinculante: Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. Saraiva. 1º Ed. São Paulo 2005 p. 237-238.

⁶⁷ Derzi, Misabel de Abreu Machado e Thomas da Rosa Bustamante, O Efeito Vinculante e o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais: em que Sentido Pode Haver Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013. P. 331

Por isso, que o art. 926, § 2º, do Novo CPC marca a vedação de que o tribunal edite enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos casos-precedentes, ou seja, neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram sua conformação.⁶⁸

Ao colocar o verbo “observarão” fica claro a intenção do legislador em vincular os juízes e tribunais inferiores a seguirem os precedentes dos tribunais de vértice. Não se nega possibilidade de segundo Michele Taruffo “uma Corte Suprema profiera una mala decision, pero eso és casual”⁶⁹. Por isso que, na maioria dos casos, quando houver uma decisão injusta, a função da segurança seria a de evitar injustiças ainda maiores.⁷⁰

Além disso, para dar maior efetividade e segurança no cumprimento dos precedentes, o artigo, 489, § 1º, inciso VI⁷¹, obrigará os juízes a debater com as partes a invocação de um determinado precedente⁷². Caso não haja a comprovação de distinção ou superação, por parte do magistrado, a decisão não será considerada fundamentada ensejando, portando, a sua anulação para que seja dada outra de acordo com o entendimento já pacificado.

Um sistema mais fechado, com relação a vinculação das decisões judiciais, cumprirá com o objetivo de uma tutela adequada em face da igualdade e segurança jurídica na aplicação do direito, isso porque a racionalidade do modelo de

⁶⁸ Zaneti Jr. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da Jurisprudência “Persuasiva” como Base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. Revista de Processo. Coordenação: Teresa Arruda Wambier. Revistas dos Tribunais. Ano 39, 235, Setembro de 2014. P. 318

⁶⁹ Taruffo, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Tradução do italiano para o espanhol por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

⁷⁰ Ávila, Humberto. Segurança Jurídica – Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. Malheiros. São Paulo. 2008. P. 656

⁷¹ “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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.

⁷² Sobre o contraditório forte como direito de influências das partes na decisão judicial, sugere-se a leitura das seguintes obras: Cabral, Antônio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. Revista de Processo, nº 126, ano 30, agosto de 2005. Oliveira, Carlos Alberto Alvaro, A Garantia do Contraditório. Artigo publicado na internet com disponibilidade em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>

precedentes completa o círculo da interpretação jurídica.⁷³ É inegável que o direito é mutável, na medida em que é inerente o seu aspecto cultural e, portanto, está permanente abertura à mudança⁷⁴, sendo que as decisões judiciais devem seguir essa troca. No entanto, essa mudança tem que seguir determinados critérios que mantenham a segurança jurídica, sob pena de haver uma insegurança ainda maior pela aplicação equivocada dessas técnicas.

⁷³ Zaneti Jr. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da Jurisprudência “Persuasiva” como Base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. Revista de Processo. Coordenação: Teresa Arruda Wambier. Revistas dos Tribunais. Ano 39, 235, Setembro de 2014. P. 318

⁷⁴ Mitidiero, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013. P. 21

4. A REVOGAÇÃO DO PRECEDENTE NOS ESTADOS UNIDOS E NA INGLATERRA E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As relações sociais, como não poderia ser diferente, mudam ao longo do tempo, o que se entende como correto hoje pode não ser daqui a 50 anos. O direito, como regulador da sociedade, também deve seguir essa mudança para o seu normal desenvolvimento⁷⁵, ainda que não haja alteração legislativa a respeito de um determinado tema

O que não se admitti são mudanças de entendimentos que causem surpresa aos jurisdicionados. Nos Egrégios STF e STJ, os ministros trocam de posicionamento com muita frequência, sem que haja razões razoáveis para essa mudança. A simples saída de um ministro de uma determinada Turma ou Câmara e entrada de outro pode trazer repercussão a nível nacional, principalmente nos processos de massa, como tributários, previdenciários, etc. Como se vê, o ingresso de um magistrado em qualquer órgão colegiado, com seu posicionamento pessoal, pode trazer efeitos devastadores nas decisões subsequentes pela insegurança jurídica causada, pois essa mudança atinge, não só o caso julgado, mas todas as outras ações que já foram ingressadas em juízo, sem que exista o mínimo de previsibilidade e segurança jurídica.

Em razão disso, há que haver a determinação de critérios para a superação de um precedente nos tribunais brasileiros, afim de que se evite a insegurança jurídica. Não se pode haver mudança repentina pelo simples gosto

⁷⁵ Veja-se o exemplo do autor Grau, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. Editora: Malheiros. 4º Ed. São Paulo. 2006. P. 58. Os textos de direito não vinculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo; esses enunciados passam por alterações decorrentes do evolover da vida social, ainda que a sua redação (do texto) não sofra modificação. Exemplifico com matéria no âmbito da qual a legalidade, enquanto dever de estrito atendimento ao que enuncia a lei, manifesta-se de modo mais pronunciado: a matéria penal. Diz o art. 233 do Código Penal Brasileiro que comete crime quem pratica ato obsceno e lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Qual o significado veiculado pela expressão “ato obsceno”, termo do conceito de ato obsceno? Por certo que, na década dos 40, mulheres que fossem à piscina ou a praia vestindo as estreitas tira de tecido que hoje cobrem seus corpos – quando o fazem- estariam praticando o delito tipificado no art. 233 do Código Penal; hoje, no entanto, conduta como tal não configura ilícito penal, senão – dir-se-á – agradável manifestação da evolução da moda feminina. Evoluiu a moda porque sofreram alteração os padrões culturais, e nessa alteração também o conceito de ato obsceno; ou seja, outro, agora, à luz de renovados padrões culturais. É o significado veiculado pela expressão “ato obsceno”. Vale dizer: o evolover da vida, sem que a redação do texto tenha sofrido modificação, conduziu a enunciação de novo significado, de outra norma, distinta daquela produzida nos anos 40.

pessoal de um magistrado. Assim, o livre convencimento motivado do juiz não pode ser um direito subjetivo indisponível e sim um dever institucional decorrente da sua função exercida⁷⁶. Em razão disso, o estudo da superação dos precedentes no direito dos Estados Unidos e da Inglaterra se faz necessário, pelo seu desenvolvimento o que pode auxiliar na aplicação do direito brasileiro pela mudança iminente do Código de Processo Civil.

Segundo dito anteriormente, na Inglaterra, a vinculação do precedente (*stare decisis*) data de 1898, sendo que somente em 1966, no caso *Practice Statement*, a *House of Lords* revogou um precedente, o que gerou muitas críticas na doutrina⁷⁷. Isso mostra, por suas tradições culturais, o quanto é inflexível o direito inglês. O sistema do *stare decisis* inglês é tão conservador, que os tribunais chegam a aplicar precedentes de 400 anos, demonstrando que segui-lo é uma questão de cultura.⁷⁸ Mesmo com a permissão de superação do precedente, nas últimas décadas, a *House of Lords* não revogou mais do que um precedente ao ano, embora tenha exercido o poder do *overruling* em casos muito importantes⁷⁹.

Já nos Estados Unidos, embora seja um sistema mais flexível que o inglês, é incomum a superação do precedente, somente sendo permitida em casos excepcionais (entre os anos de 1880 e 1957, dos 55000 recursos analisados, apenas 65 foram identificados como casos de superação⁸⁰). A primeira vez que se tem notícia da superação de um precedente pela Suprema Corte Norte-Americana foi no ano de 1844 e com o passar do tempo houve uma atenuação progressiva, fruto do realismo jurídico ou da escola sociológica do Direito, em que

⁷⁶ Medina, José Miguel Garcia. Freire, Alexandre. Freire, Freire, Alonso Reis. Para Uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013. P. 681

⁷⁷ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 305

⁷⁸ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. Revista de Processo. Volume 172. Junho de 2009. P. 121.

⁷⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo 2013. P.388

⁸⁰ *opus citatum, opere citato*. Rosito, Francisco. P. 306

foram partidários juristas como Oliver Wendell, Holmes Jr., Benjamim Nathan Cardoso e Nathan Roscoe Pound.⁸¹

Diante da revogação do precedente ser mais flexível no direito norte-americano a análise de casos concretos se mostra mais fácil de ser estudada em face do número maior de precedentes superados.

O autor Luiz Guilherme Marinoni, adotando os critérios do norte-americano Melvin Eisenberg, cita que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade pendem mais a sua revogação do que sua preservação.⁸²

Assim, o ponto de partida para verificar a possibilidade de revogação do precedente são os critérios da congruência social e da consistência sistêmica. A congruência social é a negação de proposições morais, políticas e de experiência: a proposição moral determina uma conduta certa ou errada a partir do consenso moral geral da sociedade, a proposição política caracteriza uma situação boa ou má em face do bem estar social e a proposição de experiência diz respeito ao modo como funciona, sendo que a maior classe dessa última proposição descreve a tendência de condutas seguidas por subgrupos sociais.⁸³

Já a incongruência sistêmica, ocorre quando o precedente deixa de guardar coerência com outras decisões⁸⁴, em outras palavras, quando um Tribunal Supremo decidir com um determinado posicionamento, mas em outro caso similar (não idêntico) decidir de outra forma. Por isso, se a inconsistência existir, é melhor que a Corte esclareça qual decisão vale para aquela específica situação ao invés de permitir a manutenção do conflito.⁸⁵

⁸¹ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 315

⁸² Marinoni, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo 2013. P.389

⁸³ *Ibidem*. P.390

⁸⁴ *Ibidem*. P.390

⁸⁵ Medina, José Miguel Garcia. Freire, Alexandre. Freire, Alonso Reis. Para Uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013. P. 689

Já Francisco Rosito enumera quatro hipóteses que autorizam modificação ou revogação do precedente quais sejam: 1) inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação implícita ou explicitamente; 2) inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida; 3) mudança de valores culturais e sociais 4) o equivoco interpretativo desde o seu início.⁸⁶

Apresentadas as “armas” para possibilidade de revogar os precedentes nos sistemas do *common law*, analisa-se a pertinência no direito brasileiro em razão da sanção do Novo Código de Processo Civil. O artigo 927, parágrafos 2º, 3º e 4º preveem as hipóteses de revogação do precedente.

§ 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

Há que se criticar a diminuição do número de parágrafos desse artigo o que poderá ocasionar a manutenção de alguns problemas na aplicação do precedente. A versão do Senado previa no parágrafo 7º, do artigo 526, que a modificação de entendimento podia ocorrer caso houvesse alteração econômica, política ou social referente a matéria decidida. Por não serem exemplos taxativos, esse parágrafo, como foi redigido pelo legislador, poderia auxiliar nas hipóteses de modificação de entendimento conforme ensinou Francisco Rosito logo acima. Ao deixar em aberto as hipóteses de revogação do precedente corre-se o risco de

⁸⁶ Rosito, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012. P. 309

modificações esdrúxulas, tais quais ocorrem hodiernamente. Nesse passo, equivocou-se o legislador na redação do texto do CPC.

No entanto, ao determinar a vinculação dos órgãos de maneira vertical e horizontal se constata que somente em casos excepcionais pode haver a superação do precedente através do *overruling*. No entanto, essa mudança tem que obedecer a critérios rígidos como nos países da *common law*, não sendo admissível sequer, a antecipação do *overruling*, por órgãos de hierarquia inferior (embora nos Estados Unidos seja permitida a superação antecipada do precedente). No Brasil, em nome da unidade do direito, somente o órgão que emanou a decisão ou outro superior pode modificar o entendimento de determinado precedente desde que obedecidas as regras dos parágrafos 6º ao 10º, do Novo CPC.

CONCLUSÃO

É louvável a tentativa do Novo Código de Processo Civil em dar maior unidade ao direito através da utilização do sistema de precedentes no Brasil obrigando os tribunais inferiores e juízes de primeiro grau a seguirem o posicionamento das Cortes Supremas. Essa unidade é essencial no convívio social do nosso Estado Democrático de Direito.

Frise-se que de nenhuma forma o livre convencimento motivado do juiz será violado. O que deverá ocorrer, na prática, é um trabalho maior dos juízes para não seguir o precedente, obrigando a comparação dos casos invocados pelas partes. Cumpre ressaltar que isso será em nome da segurança jurídica o que ocasionará maior previsibilidade das decisões judiciais.

No entanto, o direito como ciência social evolui ao longo do tempo não podendo haver a sua estagnação. Assim, haverá previsão, no Novo Código de Processo Civil, para modificação de um precedente o que somente ocorrerá em casos excepcionais desde que obedecidos a rígidos critérios.

A mudança de posicionamento judicial não pode ser como é hoje em que há troca de decisões frequentemente. Assim o direito brasileiro tem que se espelhar nos sistemas da *common law* em que há respeito aos precedentes. Lá, independente de entendimento pessoal do magistrado, se segue o precedente em nome da isonomia havendo a superação em casos excepcionais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – Entre a Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário. Malheiros. São Paulo. 2008.

_____. Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. Editora: Malheiros. 15º Ed. São Paulo. 2014.

CABRAL, Antônio do Passo. O Contraditório como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. Revista de Processo, nº 126, ano 30, agosto de 2005.

CADORE, Márcia Regina Lusa. Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência. Atlas, 2 ed. São Paulo. 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, O Efeito Vinculante e o Princípio da Motivação das Decisões Judicial: em que Sentido Pode Haver Precedentes Vinculantes no Direito Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013.

DIDIER JR. Freddie. Cláusulas Gerais Processuais. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. Editora Malheiros. 15º Ed. 2014.

FARIA, Mário Carvalho. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós positivismo, Formalismo Valorativo. A Supremacia Constitucional no Estudo do Processo. Revista Ética e Filosofia Política ° 15, volume 2. Dezembro de 2012. Disponível em: http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf. Acesso em 15 de Julho de 2014.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. Editora: Malheiros. 4º Ed. São Paulo. 2006.

GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. Tradução: Edson Bini. Editora: Quartie Latim. São Paulo. 2005

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222961767174218181901.pdf>. Acesso em 24 de Março de 2015.

_____, A Garantia do Contraditório. Artigo publicado na internet com disponibilidade em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante. Revistas dos Tribunais 4º Ed. São Paulo 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Volume 1. Teoria Geral do Processo. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. 2008

_____, Luiz Guilherme, Precedentes Obrigatórios. Editora: Revista dos Tribunais. 3 Ed. São Paulo 2013.

MARTINS COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção”: as Cláusula Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 04 de Novembro de 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. Freire, Alexandre. Freire, Alonso Reis. Para Uma Compreensão Adequada do Sistema de Precedentes no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Artigo Retirado do Livro. Novas Tendências no Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: Juspodivm. Salvador. 2013.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

_____, Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a partir da Decisão Judicial. Revista de Processo. 2012. RePro.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança Jurídica e Súmula Vinculante. Saraiva 1º Ed. São Paulo. 2010.

ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Editora: Juruá. Curitiba. 2012.

ROVER Tadeu. Interferência Indevida. Legislados na pode Restringir o Conceito de Fundamentação diz ANAMATRA. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>. Acesso em 14 de Abril de 2015.

SARLET. Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, março abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <HTTP://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em 21 de Abril de 2015.

SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante: Um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais. Saraiva. 1º Ed. São Paulo 2005

STRECK, Lênio Luiz. Dilema dos Dois Juízes Diante do Fim do Livre Convencimento Motivado no NCPC. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 04 de Abril de 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Tradução do italiano para o espanhol por Claudia Martínez Vallecilla y Fernando Gandini.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como Objetivos do Direito: Civil Law e Common Law. Revista de Processo. Volume 172. Junho de 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos. Justicia. Título original: Il Diritto Mille. Legge Diritti Giustizia. Tradução para o espanhol de Marina Gascón. Editora Trotta. 3º Ed. Valladolid. 1999.

ZANETI JR. Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o Novo Código de Processo Civil. Universalização e Vinculação Horizontal como Critérios de Racionalidade e a Negação da Jurisprudência “Persuasiva” como Base para uma Teoria Dogmática de Precedentes no Brasil. Revista de Processo. Coordenação: Teresa Arruda Wambier. Revistas dos Tribunais. Ano 39, 235, Setembro de 2014.