

OS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO NOVO CPC E OS REFLEXOS NAS DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

Felipe Campos Crosara¹

RESUMO

O Brasil baseou seu sistema jurídico na corrente da *Civil Law*, originária do Direito Romano-germânico. Com as modificações sociais constantes, reflexo dos aspectos da globalização, é possível constatar que os precedentes judiciais são, aos poucos, adotados pela legislação processual civil com a finalidade de imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior celeridade ao trâmite processual. O sistema do *Common law* também vem sofrendo modificações, estreitando suas relações com o *stare decisis* e aproximando-se cada vez mais do ordenamento brasileiro. No projeto do Novo Código de Processo Civil, é possível perceber a intenção do legislador de aproveitar os fundamentos do *Common law* e do *stare decisis* com o objetivo de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência e de garantir a efetividade do processo, notadamente das garantias constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: *Civil law. Common law. Stare decisis. Precedentes judiciais. Novo Código de Processo Civil.*

Conforme a vertente tradicionalista dos países que basearam seu sistema jurídico na Escola Romano-germânica, o Brasil adota, historicamente, a *Civil Law* como modelo de aplicação na resolução de conflitos. Essa doutrina positivista considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico, considerando-a como instrumento apto a solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Miguel Reale (2002, p. 141 et seq) expõe acerca da conceitualização histórica ao falar sobre a tradição romanística:

[...] caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (Civil Law) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social.

¹ Advogado, membro da banca Crosara Advogados Associados. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

No tradicional sistema romano-germânico, o magistrado possui função restrita de interpretação do direito positivo e aplicação ao caso concreto, delimitando o poder de novar na legislação, diferente do sistema *Common Law*².

No Brasil, o Princípio da Legalidade advém da Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O excerto estabelece, portanto, que a conduta de fazer ou não fazer do indivíduo somente poderá ser exigida ante a existência de norma prévia, servindo, também, como linha para a atividade jurisdicional.

No entanto, discute-se atualmente uma forma de adaptação no judiciário brasileiro para o modelo da *common law*. Tal mudança visa a efetivação da tutela jurisdicional pelo Estado de maneira a conferir ao cidadão uma prestação célere e eficaz.

Segundo Alexandre Moraes, o início da “*commonlização*” do sistema jurídico brasileiro ocorreu com a “instituição da *súmula vinculante*, pela EC nº 45/04, que corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *common law* (*stare decisis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*)”.

Adiante, o novo Código de Processo Civil promoveu uma guinada no sistema processual brasileiro, aproximando ainda mais o modelo jurídico brasileiro ao da *common law*, ao vincular juízes e tribunais às decisões dos Tribunais Superiores, especificadamente ao STF e ao STJ.

Nesse sentido, Elpídio Donizetti afirma que em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, é preciso repensar a compreensão do termo “lei”, tal qual foi empregado na Constituição de 1988.

² Na atualidade, o direito ocidental é dividido em duas grandes famílias, dois grandes sistemas: (i) o da tradição romano-germânica, também referido como *civil law*, baseado, sobretudo, em normas escritas, no direito legislado; (ii) e o *common law* ou direito costumeiro, originário do direito inglês, que sofreu menor influência do direito romano, e desenvolveu um sistema baseado nas decisões de juízes e tribunais, consistindo o direito vigente no conjunto de precedentes judiciais. Nas últimas décadas, verificou-se a ascensão do papel da lei escrita nos países do *common law* e, do mesmo passo, a valorização da jurisprudência - isto é, dos precedentes judiciais e na solução pragmática de problemas concretos, a evolução do direito constitucional nos Estados Unidos se deu menos pela atividade teórica dos tratadistas e mais pela atuação dos tribunais, notadamente da Suprema Corte. (BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo**; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva. 2016.)

Isso porque, se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, doravante, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem força cogente conforme previsão do próprio ordenamento jurídico.

Portanto, é possível notar que, em um passado próximo, a jurisprudência tinha apenas força persuasiva, ou seja, constituía-se em uma mera orientação de juízes e Tribunais. Logo, com advento da nova cártula processualista, passou a ter força vinculativa.

Tal conclusão pode ser extraída de diversos fundamentos contidos na nova redação dada pelo CPC/2015, especialmente, o art. 332³, que alterou o sistema de improcedência liminar, bem como o art. 489, § 1º, inciso VI⁴, que determina que a decisão judicial não estará fundamentada se não seguir jurisprudência.

O dispositivo legal mais revelador da significativa mudança empreendida é o art. 927, *caput* do novo CPC⁵, ao estabelecer que juízes e Tribunais observarão os julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Em um viés radical, Lênio Streck defende que o NCPC revoga, por meio de um texto infraconstitucional, o princípio constitucional da legalidade, já que, agora, o artigo 5º, II, da Carta Magna (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”) será lido como “os juízes não serão obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes”.⁶

³ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁴ Art. 489. (...)§ 1º 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.

⁵ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

⁶ STRECK, Lênio Luiz, - Novo CPC decreta a morte da Lei. Viva o common law.

Ocorre que não se deve enxergar a inserção dos precedentes como norma suprema, pois a musculatura dada às jurisprudências foi um meio encontrado para que a norma consiga acompanhar as mudanças sociais constantes, que por muito não seguem na mesma velocidade que as leis regentes.

Percebe-se que a burocratização e, por muito, a ausência de capacidade técnica do legislativo, prejudicam a efetivação da tutela jurisdicional. Como exemplo da morosidade, o Ato nº 379 do ano de 2009 da Presidência do Senado Federal, que constituiu uma comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, somente teve seu texto convertido na Lei nº 13.105 do ano de 2015, com início de vigência em março de 2016. Ou seja, mais de cinco anos após o começo do seu trâmite.

Constata-se ainda que o Poder Judiciário brasileiro vive um momento de ascensão institucional. Desse ponto, em que surgem diversos questionamentos e temores na implantação do sistema de valoração dos precedentes, eis a possibilidade de quebra da harmonia e independência dos poderes prevista no art. 2º da CF.

Em outra vertente, abraça-se a corrente tradicionalista, no sentido do engessamento do poder do magistrado de piso que estaria submetido ao julgamento vinculado, o que viola, portanto, a análise do caso específico, ante a impossibilidade de revisão dos precedentes. Engana-se.

A propósito das hipóteses de necessidade e das formas de superação de precedentes, bem resume Daniel Mitidiero⁷:

... a regra do stare decisis horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela corte responsável pelo precedente. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (overruling) ou parcialmente (overturning) mediante transformação

⁷ Em: Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013. pp. 105-6

(transformation) ou reescrita (overriding) do precedente. A superação total de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (replicability), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (basic overruling principle).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE nº 655265/DF, relatado pelo Ministro Luiz Fux, apresenta que os precedentes das cortes podem ser modificados ou mesmo moldados ao caso concreto.

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. 1. [...] . 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos” . (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. **Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos**

precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A incoerência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 655265, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016)

O posicionamento da Suprema Corte, que possui repercussão geral⁸, demonstra o caminho que a mudança do modelo jurídico brasileiro seguirá – ou seja, caminhando na direção da razoabilidade –, mas não retira do magistrado o poder de análise das especificidades do caso concreto. Por conseguinte, cabe à parte interessada a demonstração da não inserção de seus anseios aos precedentes inerentes a situação.

⁸ A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral para que fosse analisada pelo Supremo Tribunal Federal. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

As características do instituto demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

Nesse sentido, essa sistematização de informações destina-se a auxiliar a padronização de procedimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal e nos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>)

Por meio de leitura dos dispositivos do Código de Processo Civil, apreende-se que o legislador busca a inserção da *common law* no direito brasileiro. Porém, preocupa-se com engessamento dos tribunais “inferiores” e deixa aberturas para modificação dos precedentes, surgindo daí figuras típicas do direito norte americano: o *overruling* e o *distinguishing*.

Nesse contexto, busca-se o entendimento do *distinguishing* segundo o magistério de Fredie Didier Jr.:

Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. (Didier Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm.)

Já o *overruling*, outra espécie de *judicial departures*, além de afastar a aplicação do precedente ao caso concreto, objetiva infirmar a validade da regra paradigma. Logo, “[...] as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguished*.” (BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

Visto que o *overruling* caracteriza-se como uma mudança do precedente, torna-se evidente que, para sua efetivação, a medida será de maior dificuldade. Esse entendimento é corroborado pela doutrina preconizada por Daniel Amorim:

Não resta dúvida de que a superação do precedente é medida muito mais drástica que a aplicação da distinção no caso concreto, porque por meio da superação do precedente ele deixa de existir como fonte vinculante. Não é naturalmente anulado, revogado ou reformado, porque o precedente na realidade é uma decisão judicial já transitada em julgado, mas com a superação o entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia vinculante e até mesmo persuasiva, sendo substituído por outro.

Essa superação, portanto, chamada de overruling no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente. Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais. Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não deve engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade. (Neves, Daniel Amorim Assumpção - Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Nesse contexto, não se pode comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, mas também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade de individualização do Direito.

Assim, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro de fato declinou para utilização do sistema da *common law*, porém, não houve o abandono completo das balizas da escola *civil law*.

Na linha de equilíbrio acerca da utilização das vertentes jurídicas, Fredie Didier⁹ Jr. utiliza um novel termo para o "*brazilian law*".

A utilização dos precedentes nas instâncias inferiores como fonte do direito deve também seguir critérios ponderados. Entretanto, não se deve e nem se pode esquecer dos princípios constitucionais básicos e da sobremaneira forma de se vincular o caso a um precedente sem a observância de que sua aplicação se amolde ao caso concreto.

Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento já consolidado, deve o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação a julgamentos anteriores. Caso contrário, será necessário que se busque, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada sobre o tema.

Todo aquele que vive o direito, o produz. Assim, cria-se uma sociedade aberta dos intérpretes, que busca a publicização do todo jurídico, consubstanciando a prestação efetiva da tutela jurisdicional.

⁹ (Fredie Didier Jr., p. 43).