

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FELIPE PORFÍRIO GRANITO

A aplicação do precedente nas relações processuais

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FELIPE PORFÍRIO GRANITO

A aplicação do precedente nas relações processuais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FELIPE PORFÍRIO GRANITO

A aplicação do precedente nas relações processuais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez.

Aprovado em __/__/__.

Banca Examinadora

Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor (a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Às minhas filhas, Luísa e Lara, minhas fontes inesgotáveis de motivação.

AGRADECIMENTOS

Minha verdadeira gratidão à Aline, minha companheira de todas as horas. Compreensiva e paciente durante o árduo processo de desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço aos meus queridos pais, Silvio Granito e Regina Luciano da Silva Granito, alicerces da formação, exemplos e inspiração para toda a vida, principais responsáveis pelos objetivos conquistados. Honro-os pelo esforço, dedicação e sacrifícios suportados.

Agradeço aos familiares e amigos que, de uma forma geral, cada um em suas proporções e limitações, foram fundamentais para a consecução deste trabalho.

Registro, por fim, agradecimento especial ao querido professor, orientador e verdadeiro amigo, Anselmo Prieto Alvarez, pois, sem seus ensinamentos, sua paciência e farto conhecimento, as ambições pretendidas por meio desse trabalho não teriam sido alcançadas.

RESUMO

O presente trabalho é tracejado em um estudo incisivo sobre as teorias gerais dos precedentes judiciais, com estudo da evolução do instituto, transpostas para a o direito brasileiro, analisado sob o prisma principiológico da segurança jurídica, verificando a relação entre os dois institutos e os limites exercidos de um sobre o outro. Finda-se demonstrar, por meio de uma análise crítica, as deficiências do Código de Processo Civil brasileiro na regulamentação do sistema de direito jurisprudencial por ele instituído e a instituição das decisões obrigatórias e padrões decisórios, em relação aos seus conceitos, regulamentação e precipuamente os procedimentos isolados de aplicação de cada um deles no trâmite dos procedimentos judiciais, vislumbrando-se, sempre sob a ótica da Constituição Federal, as decisões obrigatórias que realmente possuem e as que podem possuir eficácia obrigatória, independentemente da forma prevista pela sistemática processual.

Palavras-chave: Processo civil. Lei n. 13.105/2015. Segurança jurídica. Precedente. Jurisprudência dominante. Jurisprudência obrigatória.

ABSTRACT

The present work is outlined in an incisive study on the general theories of judicial precedents, with study of the evolution of the institute, transposed to the Brazilian Law, analyzed from the prismatic point of legal security, verifying the relation between the two institutes and the limits one exercises on the other. By means of a critical analysis, the deficiencies of the Brazilian Civil Procedure Code in the systematic regulation of the system of jurisprudential law established by it and the institution of mandatory decisions and decision-making standards in relation to its concepts, regulations and the isolated procedures of application of each one of them in the process of judicial proceedings, always seeing from the point of view of the Federal Constitution, the mandatory decisions that actually have and those that may have mandatory effectiveness, regardless of the form of forecasting of the procedural system.

Keywords: Civil procedure. Law 13.105/2015. Legal safety. Legal precedents. Dominant jurisprudence. Compulsory jurisprudence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRECEDENTES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	12
2.1	Considerações gerais	12
2.2	Evolução histórica da aplicação do precedente no Brasil	18
2.3	Conceituação de precedente	21
2.4	Características do precedente	28
2.4.1	A formação do precedente	28
2.4.2	Elementos das decisões que revelam os precedentes	29
2.5	Espécies de decisões que configuram precedentes	32
2.5.1	Rol das decisões que possuem eficácia vinculante de acordo com as disposições do artigo 927 do Código de Processo Civil	35
2.5.1.1	Controle concentrado de constitucionalidade	35
2.5.1.2	Súmulas dos tribunais superiores	40
2.5.1.3	Súmulas vinculantes	42
2.5.1.4	Incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência	44
2.5.1.5	Recursos repetitivos	46
2.5.1.6	Orientação dos órgãos especiais dos tribunais – recurso extraordinário com repercussão geral e súmula de tribunal local sobre matéria estadual e municipal	48
2.5.2	Recurso extraordinário com repercussão geral não afetado pelo sistema de casos repetitivos	49
2.6	Efeitos jurídicos do precedente	50
2.7	Confronto, interpretação e aplicação do precedente: <i>distinguishing</i>	53
2.8	Superação do precedente: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	54
3	A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS	58
3.1	Considerações iniciais	58
3.2	Institutos impactados pelo precedente no transcorrer da relação processual	62
3.2.1	A generalidade do artigo 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil, acerca da eficácia vinculativa das decisões judiciais	62
3.2.2	A concessão de tutela de evidência fundamentada em precedente vinculante e as consequências no Recurso de Apelação	64
3.2.3	A improcedência liminar do pedido fundamentada em precedente vinculante	67
3.2.4	A inaplicabilidade do reexame necessário em casos de afronta aos precedentes vinculantes	71
3.2.5	Embargos de declaração contra decisão que deixa de aplicar precedente vinculantes	73
3.2.6	A prestação monocrática da tutela recursal e o julgamento monocrático de conflito de competência pelo relator em atenção aos precedentes vinculantes	75
3.2.7	O julgamento imediato do mérito de causa madura pelo Tribunal, quando a sentença afronta precedente judicial	76
3.2.8	Dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença (artigo 521, IV, do Código de Processo Civil)	80
3.2.9	A impugnação como mecanismo de controle de precedente do Supremo Tribunal Federal – a coisa julgada inconstitucional	82

3.2.10	O cabimento de ação rescisória calcada em violação à norma jurídica, em casos de coisa julgada que viole precedente judicial	88
3.2.11	O cabimento da ação rescisória contra coisa julgada pós inconstitucional	89
4	INCONSISTÊNCIAS DO SISTEMA DE APLICAÇÃO DAS DECISÕES OBRIGATÓRIAS EM CASOS CONCRETOS	93
5	CONCLUSÃO	96
	REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

A sistemática jurídica brasileira é adstrita ao sistema jurídico denominado *civil law*, pelo qual se depreende, em síntese, que as principais fontes do direito são fundadas em normas jurídicas pormenorizadas em textos legais que estabelecem, previamente, a necessária adequação social.

Contudo, o poder judiciário brasileiro se impôs um processo de adaptação e transição, sem alterar os alicerces da sistemática do direito, mas, gradativamente aproximando-se ao que lhe opõe dicotomicamente, o *common law*.

A grande distinção entre os institutos na atualidade é que a partir do *civil law* busca-se, primeiramente, o escopo legislativo para solucionar lides socorridas pela prestação da tutela jurisdicional. Depois, se houver alguma lacuna legal, ocorre a consolidação das decisões judiciais antecessoras sobre uma mesma matéria, que possam suprir de alguma forma a deficiência legislativa.

Por outro lado, pelo *common law* a primazia recai, de plano, sobre os precedentes judiciais, e a resolução do caso concreto se fundamenta no histórico de julgamentos que possuem coincidência na fundamentação jurídica, não pelos fatos que revestem o litígio, mas pelo direito que lhe será aplicado.

Atualmente, na atuação do poder judiciário brasileiro, a fonte do direito pautada nos precedentes judiciais é quase tão forte quanto o texto legal. Em alguns casos, o precedente acaba até superando o texto da lei, principalmente quando sedimentado por entendimentos dominantes.

Muitas vezes, decisões são proferidas em divergência com a própria norma jurídica geral e abstrata, mas em conformidade com o entendimento jurisprudencial, garantindo-se cada vez mais primazia à teoria dos precedentes vinculantes.

Isso viabiliza aos magistrados a faculdade de, partindo de um raciocínio construído sobre os ditames legais, alterar entendimento de normas, mesmo que consolidado, e proferir um julgado a partir de suas convicções, muitas vezes quebrando vínculos imperativos fundados na objetividade de leis.

A questão é: até que ponto poderá o magistrado, togado do dever de aplicar as leis objetivamente ao caso concreto, alterar seu entendimento deliberadamente?

Muito embora a teoria dos precedentes judiciais esteja se aproximando da sistemática jurídica brasileira, alterando os ditames da filiação histórica ao *civil law*, deve-se manter priorizado o direito objetivado nas normas jurídicas dos textos legais.

Mais ainda, no caso do precedente, é necessário manter uma base para garantir o posicionamento judicial de casos específicos, como busca a lei, aplicando o direito às relações interpessoais de maneira igualitária e, principalmente, equânime.

O direito é dinâmico, de fato. Há incessante busca em acompanhar o desenvolvimento social. Contudo, a alteração dos ditames jurisdicionais deve seguir o procedimento previsto no ordenamento jurídico da nação.

Pode-se dizer, de acordo com Miguel Reale, que a “lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores sendo um deles quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social”¹.

Ocorre que essa variação não pode ocorrer indiscriminadamente, pela simples razão de um magistrado alterar seu entendimento, por livre disposição ou convencimento, principalmente em contrariedade a decisões que já tenham solidificado a matéria levada ao crivo do poder judiciário.

É, pois, uma afronta a um dos princípios conexos aos direitos fundamentais, qual seja a segurança jurídica. As inovações legais e jurisprudenciais terão validade se respeitados os seus ditames.

Essas alterações constantes dos entendimentos jurisprudenciais muitas vezes colocam à prova direitos já consagrados, conquistados por meio de normas positivadas em leis, sumuladas ou reiteradas em decisões judiciais solidificadas, com eficácias obrigatórias que vinculam o Estado Juiz.

Com a evidente intenção de evitar esse sistema de insegurança o legislador, ao promulgar o Código de Processo Civil de 2015, sedimentou a base dos precedentes vinculantes como fonte fundamental para prestação da tutela jurisdicional e tentou estabelecer também uma estrutura para salvaguardar a segurança jurídica do jurisdicionado.

Entretanto, em muitas ocasiões, na aplicação prática da nova sistemática processual e na utilização dos precedentes como uma das principais formas de solucionar os litígios, é possível encontrar lacunas ou inconsistências.

Nesse patamar, portanto, encontramos a finalidade da presente dissertação.

É a pretensão pela qual verificar-se-á a aplicabilidade prática desses precedentes judiciais no trâmite dos processos futuros, a partir da análise sistemática do processo civil, sempre aos olhos das normas fundamentais.

¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 171.

2 PRECEDENTES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

2.1 Considerações gerais

Antes de adentrar-se efetivamente ao tema dos precedentes, importante uma breve introdução dos sistemas jurídicos que podem dar margem à sua aplicação. Os dois sistemas jurídicos de maior expressão dentro do direito contemporâneo ocidental têm como base as escolas do *civil law* e do *common law*.

Preliminarmente é possível dizer que o *civil law* possui como alicerce para aplicação do direito, a formulação de textos legais que regem de forma preventiva todas as ações dos seres personificados e regulamentam essas ações.

A evolução do *civil law* vem da tradição jurídica romano-germânica que tem suas origens nos séculos XII e XIII durante o Renascimento da Europa Ocidental. Nesse momento histórico em que o comércio e a própria civilização ganhavam novos patamares de ascensão, estabeleceu-se que “somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso”.²

Seu estudo se deu prioritariamente quando o *Corpus Iuris Civilis*, obra jurídica publicada entre os anos 529 e 534, por ordem do imperador bizantino Justiniano I, foi encontrado e os textos romanos passaram a ser entendidos nas universidades.

Assim, a partir de uma metodologia de análise dos casos, nasceu a primeira literatura jurídica, em forma de anotações explicativas ao texto romano denominadas glosas.³

Na época dos estudos e descobertas das tradições romanas, fato histórico que marcou a consolidação da escola do *civil law* foi a Revolução Francesa. Para os revolucionários, a lei teria caráter indispensável para garantir a efetivação da liberdade e a igualdade buscadas.

Assim, o marco principal do *civil law* contemporâneo, que traz as características do modelo atualmente conhecido se deu pela Revolução Francesa. A ânsia de aplicar o modelo da sociedade democrática garantiu a premissa da supremacia da lei escrita para salvaguardar a sociedade do antigo sistema de centralização do poder.

A certeza da lei, portanto, seria indispensável para garantir a confiança que nenhum juiz pudesse prolatar uma decisão diferente do que se havia estabelecido em lei. A certeza do direito seria a própria impossibilidade de interpretação extensiva ou análise divergente, pelo

² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

³ BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 190.

juiz, do que estava estabelecido em lei.⁴

Assim, a lei passou a representar diretamente o interesse e a vontade do povo. Era, portanto, um verdadeiro reflexo da democracia.

Atualmente, os códigos legais dentro do sistema *civil law* são continuamente atualizados, abrangendo e especificando todos os assuntos passíveis de serem levados aos tribunais. A função dos juízos, portanto, é interpretar a relação fática e aplicar o direito inerente ao caso concreto apresentado.

Embora um magistrado, dentro da sistemática do *civil law* possua, em tese, livre convencimento para deliberar acerca da matéria, deverá fazê-lo sempre respeitando as delimitações legais estabelecidas pelo legislador.

As origens do *civil law* encontram-se na compilação monumental do direito romano, encomendada pelo imperador Justiniano, no século VI d.C. e difundida na Europa continental. É o que se pode inferir das ideias traçadas por John Hamilton Baker, mencionado no artigo publicado pela University of California, que deu base às considerações abordadas sobre o tema.⁵ Em contrapartida, surgiu o *common law* de origem inglesa, a partir das variações do poder mutante e consolidador dos reis da Idade Média.

Sua origem vem da própria unificação e surgimento do direito britânico. As invasões constantes de povos germânicos na região expurgaram os princípios do direito romano que imperavam e estabeleceram as regras do direito anglo-saxônico.

Todavia, com a conquista da Inglaterra pela Normandia, por intermédio de Guilherme I, no século XI, estabelece-se um novo governo que unifica os direitos locais tribais em uma única sistemática de direito, dando origem, então, ao *common law*.

Nesse sentido, ensina Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

as origens do *common law* remontam à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066, com a batalha de Hastings, que levou à centralização do governo, incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal⁶.

Assim, dentro do *common law*, direito consuetudinário, não havia em suas origens uma codificação de leis complexas que regulamentavam a atuação das pessoas. O fundamento para resolver conflitos e organizar o Estado eram as próprias decisões judiciais que se

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 46.

⁵ SCHOOL OF LAW. The common law and the civil law traditions. Boalt Hall da University of California *apud* J.H. Baker. **An introduction to english legal history**. London, 2002. Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica** – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41.

pautavam nos costumes e regras estabelecidas como comuns entre o novo povo inglês⁷.

Daí, portanto, a evolução dos precedentes como fonte principal do direito do *common law*. Era a consolidação das decisões judiciais que estabeleciam os padrões de julgamento e de fundamentação para eventuais casos futuros que demandassem a mesma solução jurídica.

Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, “o *common law*, por não se preocupar com a abstração, não impulsionava a elaboração de princípios gerais, já que, a partir dos casos, surgiam regras concretas, que se diferenciavam a partir de critérios externos.”⁸

Sabe-se que ambos os sistemas jurídicos, *common law* e *civil law* utilizam na atualidade normas legisladas, sedimentadas e padrões decisórios ou precedentes judiciais para prestar a tutela jurisdicional e estabelecer a organização do Estado. Evidente também que ambos os sistemas são absolutamente distintos um do outro e a sua confusão estrutural pode prejudicar o correto desenvolvimento do direito.

Superada a breve distinção relativa aos principais sistemas jurídicos que imperam na atualidade, ainda em considerações iniciais, o próximo passo necessário para evolução do raciocínio pretendido nesse trabalho é a caracterização de um dos princípios de suma importância para a confirmação de um Estado de Direito: a segurança jurídica.

Expressa desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em significativo número de Constituições modernas, inclusive na Constituição Federal de 1988.

Em nosso ordenamento, é referida na Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 5º⁹, arrolada como direito inviolável ao lado do direito à vida, liberdade e igualdade. Embora não seja caracterizada como direito fundamental, é tutelada em inúmeros dispositivos, como a trilogia prevista no inciso XXXVI, ou a legalidade do inciso II, do mesmo dispositivo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, há uma ligação umbilical entre a segurança jurídica e a noção de dignidade humana:

a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 150.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 41.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. de 1988. Artigo 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: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.¹⁰

Conforme o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de possuir, de certa forma, certeza, sem variações ou mudanças na forma de coordenar e organizar a vida social. Para ele, é um elemento constitutivo do Estado de Direito.¹¹

Para Humberto Ávila, a segurança jurídica deve ser definida dentre dois aspectos.¹² Pelo primeiro, vislumbra-se como deverá ser a reação externa na vida individual, isto é, o modo esperado pelo cidadão da atuação de terceiros e do próprio Estado. O idealismo de que os atos exteriores serão praticados de acordo com os direitos tutelados previamente instituídos por leis ou formalizados pelo judiciário. Em compêndio, é antecipar a previsão do comportamento em relação aos atos praticados pelos exteriores.

Esse primeiro aspecto é conceituado por uma dimensão estática da segurança jurídica, isto é, “aquela sua parte que diz respeito aos requisitos estruturais do Direito e deve reunir para servir de instrumento de orientação, de modo a que o cidadão possa, sem engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente conforme ao Direito”.¹³

O segundo aspecto refere-se ao próprio cidadão. É a dimensão dinâmica da segurança jurídica, ou seja, como deverá agir o jurisdicionado, como deverá buscar suas pretensões, vislumbrando um ponto de vista previamente fixado pelo direito.

Talvez mais importante que o primeiro, torna-se, nesse sentido, indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser de suas atividades, por gerar previsibilidade das consequências de suas ações.

Preserva-se, assim, a univocidade e a estabilidade das relações jurídicas, conforme explica Luiz Guilherme Marinoni.¹⁴

A principal finalidade do direito é garantir estabilidade na regência das relações sociais. A isso se resume a segurança jurídica, um alicerce para o ordenamento jurídico, aplicado tanto para a legislação quanto (e principalmente) às construções judiciais.

Na dimensão dinâmica da segurança jurídica, busca-se estabelecer os elementos necessários para que o cidadão possa, livre de surpresas, assegurar para si os efeitos jurídicos

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 57, São Paulo: RT, 2007, p. 11.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 258.

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 352.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 353.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica. Acesso em: 23 fev. 2019, p. 04.

concretizados em um momento pretérito para planejar estrategicamente o que será vivenciado em seu futuro.

Os aspectos que definem a segurança jurídica estão diretamente ligados a uma principal característica: a previsibilidade.

Para haver previsibilidade, é necessário estipular parâmetros que irão disciplinar as ações e as omissões nas relações envolvendo particulares. É necessária a predisposição de um “acordo” que regule as consequências.

No sistema do *civil law* são vislumbradas as disposições legais, nas normas codificadas que tendem, em regra e em pura tese jurídica, disciplinar as relações interpessoais.

Desse modo, dentro da teoria pura do sistema, ao magistrado caberia, exclusivamente, aplicar o código escrito, interpretando apenas a ligação fática que deu origem à aplicação do direito.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a codificação das normas jurídicas deveria ser perfeita, pura, de modo a garantir ao magistrado a certeza e a clarividência da aplicação:

O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz.¹⁵

Não deveriam existir dúvidas nem lacunas. Apenas dessa forma o conhecimento da norma guardaria relação com a garantia da segurança jurídica.

Todavia, o sistema brasileiro, como se vem tentando demonstrar, está inserido num processo de reformulação de patamares, transformação de paradigmas e modelação da própria sistemática interna.

A criação dos institutos jurisprudenciais como fontes do direito alterou, substancialmente, os princípios basilares que garantem a concepção da segurança jurídica.

Quem dá interpretação à aplicação da norma é o magistrado, togado de jurisdição. Evidentemente, portanto, a segurança jurídica não está mais ligada à norma instituída nos textos legais, mas, principalmente, nos precedentes vinculantes.

A confiabilidade do jurisdicionado guarda relação direta com a instrução jurisprudencial desenvolvida pelos tribunais, muito mais do que com o estabelecido no texto legal.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica. Acesso em: 23 fev. 2019, p. 06.

No tempo presente, o particular, ao invés de se basear no conhecimento da norma para garantia da “previsibilidade”, se abstém dela e busca conhecer a prestação da tutela jurisdicional garantida naquele momento, para casos semelhantes.

Note-se a peculiaridade da expressão utilizada “naquele momento”, pois, mesmo partindo para as bases de sistemas de precedentes vinculantes visando garantir efetividade à prestação da tutela jurisdicional, muito falta para se equalizar um parâmetro de certeza com o objetivo de se prolatar decisões e formular jurisprudências estáveis.

O índice de variação é reiterado e, nesse sentido, acosta-se um exemplo oportuno: no âmbito do direito tributário, solidificou-se em meados de 2017, entendimento de que tarifas cobradas pelo fornecimento de energia elétrica aos consumidores, relativas à rede de distribuição e transmissão de energia – Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) – por não se tratar de fato gerador de saída de mercadoria, não poderia admitir a incidência de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Fundamentado nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça prolatou inúmeras decisões consolidando a tese jurídica nesse sentido. Exemplo são os julgados Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1.135.984/MG e n. 1.075.223/MG.

Pautados nos reiterados julgamentos sobre a matéria, uma quantidade incontável de consumidores propôs demandas judiciais para obterem para si benefício idêntico concedido nos casos pretéritos.

Todavia, para absoluta surpresa dos jurisdicionados, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão por maioria, teve entendimento diverso daquele que, na mesma corte superior, havia sido consolidado. É, pois, a decisão prolatada nos autos do Recurso Especial n. 1.163.020/RS, através da qual se defendeu em completo dissenso tese acerca da legalidade da cobrança do ICMS sobre as tarifas mencionadas.

Para tentar alcançar a segurança da prestação da tutela jurisdicional e seguindo a lógica do Código de Processo Civil de 2015, o mesmo recurso especial que gerou a controvérsia da matéria foi afetado para julgamento nos termos do artigo 1.036 do diploma, pelo sistema dos recursos repetitivos.

Todavia, ainda que a matéria tenha sido afetada para se alcançar a almejada segurança jurídica e a confiabilidade do jurisdicionado, o fato é que muitos consumidores que propuseram demandas judiciais pautadas nos julgamentos reiterados sobre a mesma matéria e na certeza de um julgamento favorável, seguindo os critérios básicos estabelecidos pelo regramento de eficácia dos precedentes vinculantes, estão inseridos em um cenário de

absoluta instabilidade.

A partir da notícia compartilhada, comprovamos quão (negativamente) influente é a alteração reiterada de precedentes judiciais na vida dos jurisdicionados.

Não existe entendimento consolidado e suficientemente superado em nenhum ramo do direito que não esteja sujeito à alteração. Mas, pior, não existe responsabilidade do poder judiciário em atenção à almejada estabilidade das decisões.

A confiança, portanto, aí é afetada. A confiabilidade do cidadão nos atos pretéritos praticados pelo Estado é frustrada.

Ainda, sob a ótica do artigo de Luiz Guilherme Marinoni, observa-se a segurança jurídica, vista sob um prisma de objetividade, que nos remete à relação da ordem jurídica do Estado e sua estabilidade.

Segundo o autor, “[...] a ordem jurídica deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja um Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de se impor aos cidadãos”.¹⁶

As decisões judiciais, portanto, seguindo esse prisma da estabilidade precisam seguir os mesmos patamares por constituírem, igualmente à legislação, atos de poder.

2.2 Evolução histórica da aplicação do precedente no Brasil

O atual Código de Processo Civil, tanto por meio da sua exposição de motivos quanto em sua parte geral, no primeiro capítulo, ao estabelecer os critérios de observância das normas fundamentais, demonstra sua intenção de garantir a celeridade e a efetividade do processo, sempre sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Os 12 primeiros artigos do Código de Processo Civil criam uma definição de parâmetros hermenêuticos de aplicação das normas dispostas em seu conteúdo, sempre baseadas nos direitos fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, essas normas fundamentais do processo fazem uma “amarração pedagógica”¹⁷, entre o processo civil e a Constituição Federal. É uma preocupação didática, que estabelece parâmetros lógicos de aplicação das normas processuais.

É evidente que referidas previsões sequer seriam necessárias, uma vez que essa aplicação hermenêutica decorre do próprio ordenamento jurídico, no fenômeno atual de

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica. Acesso em: 23 fev. 2019, p. 07.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 67.

constitucionalização do direito¹⁸. Todavia, conforme estabelecido acima, traz um viés educativo ao aplicador do direito.

Assim, tendo em vista o objeto de análise desta pesquisa e, considerando esse aspecto pedagógico estabelecido no Código de Processo Civil de interpretação à luz do sistema constitucional sobre a matéria das decisões de eficácia obrigatória – os chamados precedentes brasileiros atuais – é importante uma demonstração histórica da evolução de parcela dessas decisões previstas na Constituição Federal.

Conforme será abordado a seguir, algumas das decisões dispostas no Código de Processo Civil que possuem essa eficácia obrigatória já estavam dispostas na Constituição Federal de 1988, neste mesmo sentido e com esse mesmo efeito. São elas as decisões decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante.

Inicialmente, o controle concentrado de constitucionalidade, que será melhor abordado oportunamente, surge a partir de um processo histórico originário da Constituição Federal de 1934 e que se ampliou em suas hipóteses de cabimento na Constituição Federal de 1946, mantendo-se sólido nas Constituições de 1967 e 1969.

Posteriormente, o controle concentrado sofreu alterações substanciais pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, com o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para conceder medida cautelar em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República. Em seguida, se manteve aperfeiçoado na Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, ponto que merece observância é a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional n. 3/1993. Referidas modificações e alterações serão abordadas em tópico específico.

Outra evolução substancial da Constituição Federal foi a relativa à instituição da súmula vinculante, advinda da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Esse foi um fato extremamente importante para demonstrar a evolução do que depois seria conhecido como direito jurisprudencial, agora instituído pelo Código de Processo Civil. Ele cria a obrigatoriedade de se observar enunciados criados pelo poder judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, com eficácia de norma legal aplicada e de obediência resguardada em relação a todos os órgãos do poder judiciário, da administração pública direta e indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais.

A partir daí, o processo civil brasileiro passou a sofrer muito mais influência das jurisprudências na qualificação das fontes do direito e o poder judiciário cada vez mais

¹⁸ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 235.

ganhou força na própria criação do direito.

Com o Código de Processo Civil de 2015, entendidos os motivos da busca pela efetividade do direito e celeridade dos atos processuais, garantindo-se legalidade a um processo criativo que já vinha da própria evolução do poder judiciário com a força das jurisprudências, criou-se uma nova sistemática de aplicação do direito, com observância muito maior a determinadas decisões judiciais, que refletem os casos em que o direito criado pelo judiciário sobrepõe à lei, “no sentido de que somente poderá a lei ser entendida à luz desse entendimento”.¹⁹

Os objetivos de garantir maior celeridade aos atos processuais e dar efetividade ao direito, ambos apresentados pela Comissão de Juristas no texto final pelo Senado Federal,²⁰ podem facilmente ser observados pela exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Em suma, conforme prescreve Arruda Alvim²¹, quatro aspectos podem ser extraídos da exposição de motivos, conforme elencados a seguir. Primeiramente, estabelecer uma harmonia entre o direito processual e o direito constitucional, o que pode ser verificado nos primeiros artigos, inseridos no Capítulo I do Código de Processo Civil, que em sua maioria replicam normas fundamentais e determinam a observância direta das previsões constitucionais.

Em segundo lugar, o objetivo de simplificar e de desburocratizar a instrumentalidade das formas para o juiz produzir decisões mais efetivas e, por consequência, mais próximas da realidade das partes. A cooperação processual pode servir como elucidação desse motivo de promulgação do novo diploma processual.

Outro motivo que talvez guarde relação com o anterior é o aproveitamento dos atos processuais, ao máximo, buscando-se sempre, como primazia, resolver o conflito levado ao judiciário. As técnicas alternativas de solução de conflito são exemplo evidente nesse sentido.

Por fim, valorizar a igualdade – talvez o objetivo mais importante para o fim que aqui será traçado – visando que todas as relações processuais sejam tratadas igualmente, sem disparidade de resultado pelo judiciário.

Assim se deu a criação do Código de Processo Civil de 2015. Uma de suas principais inovações, fundamentada nesses objetivos, foi a criação, dentre outras várias, do novo sistema

¹⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 224.

²⁰ CÓDIGO de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

²¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 233.

de “direito jurisprudencial”, que será agora melhor abordado.

2.3 Conceituação de precedente

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004²², que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da súmula vinculante, parcela considerável da doutrina passou a crer que houve uma miscigenação do sistema jurídico brasileiro com aspectos do *common law*, sob o argumento de que a teoria dos precedentes judiciais estava sendo estabelecida no Brasil.

Nesse sentido, como exemplo, observa Fredie Didier Junior:

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália, basicamente). Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.), de óbvia inspiração no *common law*.²³

Uma confusão nesse sentido não deve prosperar. É evidente que uma importação de técnicas e conceitos existe em inúmeros institutos do processo brasileiro. Isso, todavia, não anula a escola do *civil law* que aqui impera.

O sistema clássico de precedentes do *common law* absolutamente nada tem a ver com o regramento das decisões vinculantes que cada vez vem ganhando mais força no direito brasileiro.

O precedente não se aplica exclusivamente como se lei fosse, quando inserido em um sistema de *civil law*. O professor argentino Alberto Garay ensina: “falta de herramientas adecuadas para comprenderlos, relacionarlos inteligentemente, establecer distintos niveles de importância”.²⁴

Outrossim, a instituição de um sistema de precedentes semelhante ao *common law*, quando fundada na análise perfunctória da evolução histórica desses conceitos, exclui

²² BRASIL. Emenda Constitucional n. 45/04. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

²³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 38; 40.

²⁴ GARAY, Alberto F. **La doctrina del precedente em la Corte Suprema**. Buenos Aires: Abe-lebo Perrot, 2013, p. 79. Tradução livre: “faltam ferramentas adequadas para compreendê-los, relacioná-los de forma inteligente e estabelecer diferentes níveis de importância”.

completamente a possibilidade de ele ser instituído em qualquer ordenamento por mera promulgação de lei. Pelo contrário, é a evolução histórica da sociedade, conforme vislumbramos, que leva um Estado a seguir um ou outro sistema jurídico.

Em Estados que têm como base a regra dos precedentes, desde sua origem, nota-se que a evolução de um modelo de *stare decisis* possui um regramento completamente próprio, que tem por fundamento regras e costumes que permeiam aquela sociedade – e não deliberação legislativa que apenas estabelece um modelo de decisões de eficácia vinculativa.

No Brasil, a jurisprudência dominante nada mais é que a reiteração do entendimento da corte de justiça acerca de determinada matéria.

É a fixação de um posicionamento padronizado, alcançado a partir da compilação de julgados semelhantes acerca de um tema. É a reiterada aplicação de um precedente judicial, que pela *ratio decidendi* poderá vincular juízos futuros ou servir como suporte argumentativo.

Denomina-se, também, como jurisprudência assentada, não possuindo essência natural vinculativa de outros juízos, mas, por consequência lógica, acaba se consolidando como fonte de fundamentação jurídica para decisões acerca de matérias próximas.

Todavia, dentro de um mesmo tribunal, em turmas distintas, uma mesma matéria pode possuir consolidação de entendimento dominante e jurisprudência assentada, uma totalmente distinta da outra.

Esse era um dos principais problemas vivenciados no processo civil brasileiro antes da alteração do diploma processual.

Como exemplo, menciona-se o caso da aplicação do artigo 745-A²⁵ do Código de Processo Civil de 1973, que tratava do parcelamento legal na ação de execução de título extrajudicial.

O entendimento consolidado pela maioria das câmaras de direito privado do Tribunal de Justiça de São Paulo sempre foi o de que a aplicação do dispositivo poderia ser feita exclusivamente para a execução do título extrajudicial, excluindo-se a faculdade para o título judicial: “Ementa: Cumprimento de sentença. Pleito de parcelamento. Inaplicabilidade do artigo 745-A, do CPC, para execução de título judicial. Multa do artigo 475-J do CPC devida. Precedentes. Decisão mantida. Recurso desprovido”.²⁶

O entendimento se dava por suposto impedimento legal, eis que o artigo 745-A era de

²⁵ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Artigo 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0077978-05.2013.8.26.0000, Rel. Cláudio Godoy, j. 10 set. 2013 pela 1ª Câmara de Direito Privado.

restrita aplicação ao título executivo extrajudicial. Todavia, a partir da formulação de um precedente diverso, trazido pelo Superior Tribunal de Justiça em 15-05-2012²⁷, a corte de justiça de São Paulo, especificamente os desembargadores da 35ª Câmara de Direito Privado, fixaram entendimento consolidando interpretação diversa ao dispositivo da moratória legal, abrangendo sua aplicação ao procedimento do cumprimento de sentença por analogia lógica.

Nesse sentido o entendimento da 35ª Câmara:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VIZINHANÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Fase de execução do título judicial – Parcelamento do débito CPC, artigo 745-A – Admissibilidade – Impedimento legal – Inexistência – Extinção da execução – Pagamento integral Questão a ser apreciada em primeiro grau – Recurso provido, com observação.²⁸

Em que pese a matéria tenha sido pacificada quando da aprovação do Código de Processo Civil em 2015, nota-se que os entendimentos das câmaras paulistas divergentes datam com apenas um dia de diferença da sua prolação. São, portanto, entendimentos totalmente opostos, sem dilatação temporal, proferidos por um mesmo órgão jurisdicional.

Um particular que figurasse como executado em um processo em fase de cumprimento de sentença, utilizando-se do entendimento da aplicabilidade da moratória legal, poderia ser surpreendido pela consolidação da jurisprudência diversa e obrigado a comprometer ainda mais seu patrimônio com a incidência de multas processuais (475-J do Código de Processo Civil de 1973) sobre o saldo devedor.

Colaciona-se outro caso de superação de jurisprudência dominante, esse com força muito mais impactante por se tratar de entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (súmula n. 691), afastado em alguns casos e aplicado em outros, mas com a mesma característica formal, supostamente vedada pela suprema corte.

A súmula em questão aborda a competência do Supremo Tribunal Federal quanto ao conhecimento de *habeas corpus* quando indeferida a liminar em remédio impetrado perante o tribunal superior.

Acosta-se o teor da súmula:

Competência – Conhecimento de *Habeas Corpus* contra indeferimento de liminar em HC impetrado em tribunal superior. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar (Conhecimento na hipótese de flagrante constrangimento ilegal – HC 85185, HC 86864 MC-DJ de 16-12-2005 e HC 90746-DJ de 11-5-2007).

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.264.272-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-05-2012 pela Quarta Turma.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2002817-52.2013.8.26.0000, Rel. Min. Melo Bueno, j. 09-10-2013 pela 35ª Câmara de Direito Privado.

Todavia, por meio de decisão em um caso concreto a corte julgadora deixou de aplicar o entendimento sumulado pelo próprio tribunal, entendendo por abrandar a aplicação da súmula, se demonstrado pelo impetrante a hipótese de flagrante ilegalidade.

Observa-se fragmento extraído do acórdão, no qual o relator, Ministro Dias Toffoli, explicita o entendimento mencionado:

Como visto, trata-se de decisão indeferitória de liminar, devendo incidir, na espécie, a Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte tem abrandado a referida súmula para admitir a impetração de *habeas corpus* se os autos demonstrarem ser hipótese de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Observo, assim, ser possível, no caso em exame, a excepcional superação da Súmula 691 desta Suprema Corte, em vista de flagrante ilegalidade e de constrangimento patente. No caso em exame, as circunstâncias denotam a ausência de requisitos que ensejem a manutenção da custódia cautelar do paciente.²⁹

Não existe certeza e muito menos segurança. O próprio órgão jurisdicionado, suprema corte de justiça brasileira, afastava a aplicação de seus precedentes caracterizados como jurisprudências dominantes, devidamente sumulados, por meio de acórdão simples prolatado em um caso comum que, note-se, exatamente aquele formalmente vedado pela súmula.

Então, o que se questiona desde o início das explanações: onde se assenta a segurança jurídica?

Antes da alteração das normas que regulamentavam o processo civil brasileiro, com a Lei n. 13.105/2015, o Código de Processo Civil de 1973, em seu capítulo I, título IX, previa os critérios de uniformização da jurisprudência no direito brasileiro.

Importante para análise do tema são os artigos 476³⁰ e 479³¹ do capítulo referido do antigo diploma processual.

Eram, pois, formas de solidificar o entendimento de um tribunal acerca de determinada matéria trazida ao crivo da tutela jurisdicional.

Com o julgamento nos termos do artigo 476 do diploma processual civil de 1973, a matéria restaria decidida, e conduziria todas as outras turmas a decidirem de forma análoga, como forma de uniformizar a jurisprudência daquela corte.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 112.640, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07-08-2012 pela Primeira Turma.

³⁰ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Artigo 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: a. – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; b. – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

³¹ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Artigo 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Todavia, mesmo quando vinculante, as súmulas, principalmente nos casos dos tribunais de segundo grau, possuíam um caráter de rotatividade muito grande. E, ainda que as inegáveis alterações trazidas pela nova lei processual tenham garantido uma atenção especial ao sistema de precedentes judiciais, a realidade constatada em algumas situações continua sendo a de insegurança.

Se, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça prolatar decisão diversa àquela sumulada pelo tribunal estadual, este conseqüentemente se vinculará à decisão da corte que lhe sobrepõe. Ou, mesmo quando o próprio tribunal, em nova sessão especial, supera o entendimento anterior sumulado por alteração de precedente da corte, especialmente por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Todavia, esse respeito às superações e consolidações dos entendimentos jurisprudenciais pelos próprios membros do poder judiciário permanece fragilizado.

O que se pretende demonstrar é que, mesmo existindo formas de unificar entendimentos jurisprudenciais, elas são falhas e extremamente abrangentes. Isso faz com que a possibilidade de reformulação e alteração seja muito mais dinâmica do que a norma jurídica e principiológica, ou o precedente enraizado do sistema *civil law*.

Assim, antes de ingressarmos efetivamente na crítica ao sistema, que será melhor abordada nos mecanismos de aplicação dos precedentes vinculantes ou do direito jurisprudencial instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, o objetivo nesse momento é apresentar a evolução da teoria de precedentes ou jurisprudência dominante no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria dos precedentes vigente nos sistemas de *common law* precede de uma evolução social fundamentada nas regras e nos costumes e garante sua confiabilidade na própria solidez de entendimentos e na sua consagração nos casos futuros de maneira automática.

No Brasil, todavia, a base do ordenamento jurídico é o *civil law*. Não se poderia, portanto, dizer que houve uma instituição tácita de nova sistemática por meio apenas da inclusão de algumas regras de julgamento para garantir eficácia na prestação da tutela jurisdicional.

Mas se não é possível falar em uma doutrina ou sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil, é imprescindível entendermos qual foi o instituto criado.

Dentro de uma série de regras fundamentadas nesses padrões de decisões de eficácia obrigatória, os artigos de lei que regulamentam a nova sistemática são os artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, alguns institutos devem ser observados. O artigo 926 estabelece que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, garantindo a ela estabilidade, integridade e coerência. Até esse ponto, é evidente que o sentido da Lei é apenas estabelecer uma regra de jurisprudências dominantes sem eficácia obrigatória e vinculante, mas estáveis, superando os problemas antigamente vivenciados, garantindo segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionado. Mas, até então, permanecemos em um sistema no qual a previsão jurisprudencial serve apenas para causar efeito de persuasão no julgador que prolatará decisão futura àquela que consolida a jurisprudência dominante.

Outro ponto importante do dispositivo é o § 2º do artigo 926, que determina atenção dos tribunais, ao editarem suas súmulas, às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivam sua criação. Nesse momento se revela a principal distinção entre a teoria convencional de precedentes do *common law* e o sistema de jurisprudência dominante do Brasil.

Para haver precedente na teoria convencional, conforme demonstrado, não é necessário que o caso futuro guarde relação de fatos idêntica ao caso pretérito ou precedente. Pelo contrário. Pela regra do *distinguishing*, o julgador pode aplicar uma *ratio decidendi* encontrada em determinado precedente em um caso absolutamente diferente, mas que admite solução jurídica idêntica.

Um clássico exemplo a esclarecer a desnecessidade de vinculação da relação fática entre o caso paradigma e o caso concreto, contado por Neil Andrews³², foi um litígio ocorrido na Inglaterra no século XX, submetido à *House of Lords*, no qual uma empresa metalúrgica, fornecedora de aço, ajuizou uma ação de cobrança contra outra empresa, sua cliente, fabricante de armas ilegais vendidas para o mercado negro.

Diante da situação fática e para julgar o caso, a corte inglesa levantou um precedente de mais de 200 anos, datado do século XVIII. Nesse caso paradigma, criador do precedente, uma prostituta havia encomendado uma carruagem a um famoso artesão, com estruturas facilitadoras para que ela mostrasse seu corpo aos clientes.

Na oportunidade, a prostituta inadimpliu com o pagamento do custo da carruagem, motivando o artesão a mover contra ela uma demanda de cobrança. A solução para o litígio foi a improcedência do pedido de cobrança sob o argumento de que o artesão tinha total conhecimento de que a origem do pagamento de seu produto seria proveniente de um ilícito (já que há época a prostituição era ilegal).

³² ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: RT, 2009, p. 148.

Pois bem, fundamentado exatamente nessa tese para o caso concreto da indústria metalúrgica, a corte inglesa negou provimento também à ação de cobrança socorrendo-se da *ratio decidendi* desenvolvida no caso paradigma da prostituta.

Note-se que a relação de fatos é absolutamente diferente. Os casos não guardam nenhuma relação um com o outro e se distanciam por mais de 200 anos.

Todavia, a *ratio decidendi* formada no precedente, de que fontes ilícitas do negócio, quando o credor possui conhecimento delas, não são aptas para serem tuteladas pelo Estado, foi mais que suficiente para fundamentar o caso concreto.

Isso é um precedente em seu conceito clássico. A relação de fatos é indiferente e sua solidez no tempo se mantém, inclusive, em alguns casos, independentemente do regramento estabelecido pelo legislativo.

Por isso, podemos dizer seguramente que o Brasil não assumiu o novo modelo de precedentes do *common law* tão somente pela instituição dos artigos 926 e 927 e todos os outros que fazem referência aos precedentes vinculantes e às jurisprudências dominantes.

Nesse sentido, leciona Georges Abboud:

Ocorre que, após uma breve análise do *common law*, e, respectivamente, da doutrina dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, torna-se fácil constatar a impossibilidade de pretender instituir esses mecanismos no Brasil, mediante alterações legislativas. Isso porque o sistema de precedentes e o *stare decisis* não surgiram e se consolidaram no *common law* repentinamente. Muito diversamente, são frutos do desenvolvimento histórico daquelas comunidades, de modo tão evidente que, na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante. Aliás, lido corretamente o CPC vigente, em seu artigo 927, sequer deve ser considerado como tentativa de implementação do *stare decisis*, uma vez que, nenhum dos incisos do artigo 927 existem nos EUA. Na realidade, ele consiste em mecanismo normativo de enfrentamento de litigiosidade repetitiva [...].³³

A ânsia de se instituir um sistema de precedentes no Brasil não pode suprimir garantias legais e constitucionais. A evolução de uma teoria que simplesmente estabeleça que essas normas legais devam ser aplicadas de maneira irrestrita, tão somente com o objetivo de “desafogar” o judiciário e garantir efetividade à prestação da tutela jurisdicional, seria um verdadeiro retrocesso.

Mas o que realmente pode fazer diferença entre uma eficácia positiva e negativa das alterações do Código de Processo Civil nesse sistema de direito de jurisprudência ou precedentes, ou padrões decisórios, é a condução dada pela doutrina e pelos próprios tribunais às suas formas de aplicação.

³³ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 933.

É por essa razão, portanto, que ao se falar na aplicação do “sistema de precedentes” no Brasil, na verdade estamos completamente distantes do verdadeiro sistema de precedentes do *common law*. Por essa razão, correto seria nomeá-lo apenas como direito jurisprudencial ou sistema de padrões decisórios ou simplesmente precedente vinculante no direito brasileiro.

Conforme relembra Cassio Scarpinella Bueno³⁴, a nomenclatura de direito jurisprudencial foi dada por Teresa Arruda Alvim Wambier, sendo, segundo seu entendimento, a expressão mais adequada para descrever os conceitos firmados nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, tendo em vista a distinção entre os conceitos de precedentes em sua origem e a forma pela qual essas decisões são aplicadas no direito brasileiro.

2.4 Características do precedente

2.4.1 A formação do precedente

Após a breve apresentação das diferenças entre os sistemas jurídicos, as próximas linhas serão destinadas à caracterização dos precedentes.

Precedente, em sentido lato, nada mais é que um julgamento utilizado como fundamento para a prolação de outro julgamento a ele posterior.³⁵

Para tanto, todavia, a decisão por órgão judicial, independentemente da instância, nem sempre será considerada precedente, uma vez que para isso seu efeito deve transcender a relação subjetiva processual e, só então, aquela mesma razão de decidir poderá ser utilizada em casos futuros.

Por esse argumento, inclusive, conclui-se que o precedente não é toda a decisão prolatada. Precedente, na verdade, é feito pela razão de decidir daquela manifestação judicial que põe fim a determinado litígio. É, pois, a figura da *ratio decidendi*, a norma nuclear criada no ato decisório.

Por isso, também, é irrelevante a relação fática que subscreve o caso precedente e o caso futuro que terá como base aquele pretérito. Isso, pois, a *ratio decidendi* não guarda relação com os fatos da relação processual, mas com o conteúdo decisório e a norma abstrata criada naquele julgamento e que poderá ser aplicada em casos futuros que possuam o mesmo conteúdo jurídico sob litígio.

Dessa forma, é irrelevante a quantidade de demandas ou reiteraões de decisões sobre

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 633.

³⁵ SALLES, Carlos Alberto. **Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

determinado tema para essas decisões se transformarem em precedente. Basta que exista um caso concreto, a criação de uma solução judicial da qual possa ser extraída *ratio decidendi* que tenha eficácia na solução de pelo menos outro litígio futuro para que ela se torne precedente.

É absolutamente diferente de um sistema de julgamentos repetitivos de processos que formam, baseados na repetição e na reiteração de decisões, uma norma jurídica concreta/abstrata como fundamento obrigatório para questões com a mesma relação fática, por exemplo. Esta discussão, entretanto, será tema para os próximos capítulos.

O que se deve depreender é que o conceito de precedente é completamente distinto do conceito de jurisprudência, súmula vinculante ou padrão decisório. Ora, enquanto o “precedente pode ser constituído a partir de uma decisão que lhe seja subjacente (Marbury vs. Madison)”, “a jurisprudência, por sua vez, necessita da série reiterada de decisões para ser caracterizada”.³⁶

Pela mesma razão o argumento se traduz às súmulas vinculantes. Precedente é núcleo decisório extraído de uma decisão judicial. Súmula, por sua vez, é o compêndio de jurisprudências de um tribunal traduzidos em um enunciado.

2.4.2 Elementos das decisões que revelam os precedentes

Conforme a teoria geral, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci, todo precedente judicial é composto por duas subdivisões que o formulam. São elas (i) as circunstâncias de fato que subscrevem a prolação do precedente judicial, relacionada ao caso concreto apresentado à ótica do judiciário e (ii) a tese, norma jurídica formulada e aplicada ao elemento decisório.³⁷

A eficácia obrigatória do precedente está relacionada, portanto, não à decisão propriamente dita, mas exclusivamente à tese que deu origem ao julgado, denominada *ratio decidendi* (ou para os norte-americanos, *holding*).³⁸

Quando relacionado à *ratio decidendi*, o órgão julgador desenvolve uma tese que se transforma, conforme aplicação hermenêutica, em uma norma jurídica, dotada, em alguns casos, de poder vinculativo em relação a outros cuja circunstância jurídica se equipare.

É, portanto, a essência do precedente judicial. Uma tese serve como parâmetro para

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 103.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 13.

demandas análogas. É uma construção específica de normas gerais do direito, voltadas para aplicação individual.

A *ratio decidendi* pode ser extraída de qualquer decisão de conteúdo que solucione um litígio. É a tese jurídica decorrente da formação do julgado e que fundamenta seu dispositivo.

Mas não se trata, todavia, apenas da verbalização expressa da fundamentação lançada no capítulo da decisão. A *ratio decidendi* é a essência do julgado, extraída, como sua fundamentação, de todos os capítulos da decisão, do relatório ao dispositivo.

Seus elementos, segundo Rogério Cruz e Tucci são “a) a indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e c) o juízo decisório (*judgement*)”.³⁹

Ela é, todavia, uma norma geral. E isso, por se tratar de tese jurídica, pode servir como fundamento para qualquer outro caso cuja questão de direito se assemelhe, em situações concretas.⁴⁰

Essa norma geral, entretanto, não se submete aos efeitos da coisa julgada, pois não compõe o dispositivo da decisão. A coisa julgada é característica apenas do dispositivo da sentença, que vem da criação de uma norma individual, cabível apenas à solução daquela relação subjetiva processual.

Nesse sentido, imperioso o conceito de Daniel Mitidiero:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, sobre a qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações. Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo é causa de inexistência da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*) é causa tão-só de nulidade da decisão – que, a rigor, existe, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação implica inexistência da *ratio decidendi* e invalidade do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro. Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 461.

solução para outros casos semelhantes àquele.⁴¹

Em disposição transitória, verifica-se a importância da *ratio decidendi* em relação ao precedente. Se a tese não puder ser constatada no julgado, então o precedente perderá a validade.

A validade de um julgado para ser considerado precedente judicial depende da formulação da tese normativa e jurídica que garantiu a prestação da tutela do Estado, sob o ponto de vista dessa norma geral.

É natural, todavia, existir o conteúdo da fundamentação. Uma decisão prolatada em uma relação processual, mas que tome por base a aplicação de um precedente, não poderá formar precedente por não possuir seu elemento básico, isto é, a construção da *ratio decidendi*. O mesmo conceito se aplica às decisões limitadas à aplicação expressa do texto legal, sem o desenvolvimento conjunto do ato de interpretação de criação.⁴²

Importante esclarecer, ainda, algumas peculiaridades relativas à *ratio decidendi*, explicitadas por Marcelo Alves Dias de Souza. Segundo ele, são três as questões relativas à formulação e aos efeitos em relação à caracterização do precedente.

A primeira se dá quando uma decisão trazer mais de uma tese fundamental. Nesse caso, a obrigação de precedente far-se-á apenas com a cumulação de todas, “não podendo o tribunal, em caso posterior, escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra (s) à qualidade de *dictum*”.⁴³

A segunda peculiaridade trata do caso em que num julgamento colegiado, o resultado atingido pelo julgado chega ao mesmo dispositivo final. Por razões diversas, tem-se entendido que, nesse caso, a tese da decisão é incompleta, portanto lhe falta a *ratio decidendi*, estando a corte posterior livre para julgar a partir de outros parâmetros, de forma desvinculada.

Por último, a terceira característica exarada pelo autor refere-se à identificação da *ratio decidendi*. Quando identificável pelo magistrado na análise da tese de um julgado, seja por incoerência na fundamentação ou insuficiência, será considerada “desprovida de *ratio* e, por conseguinte, de autoridade obrigatória”.⁴⁴

Pois bem, além do elemento da *ratio decidendi*, principal à formação e à observação do precedente, existe também o elemento *obter dictum* (ou apenas *dictum*), que se traduz no argumento jurídico, ou complementar consideração que dá elementos à motivação da decisão.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente** – dois discursos a partir da decisão judicial. São Paulo: RT, 2012, p. 62.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

⁴³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 138.

⁴⁴ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139.

Conforme esclarece Fredie Didier Junior, trata-se de “colação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz incidentalmente ou a propósito (“by the way”), mas pode representar um suporte[...]”⁴⁵.

Exemplo interessante e esclarecedor sobre o instituto do *obter dictum* é o caso trazido por Frederick Schauer e lembrado por Fredie Didier Junior, que remete ao litígio *Marbury vs. Madison*. Na ocasião, o *chief justice* John Marshall considerou a inconstitucionalidade de um dispositivo do Judiciary Act de 1789, e seguiu dizendo que a suprema corte tinha poder suficiente para exercer jurisdição sobre o presidente dos Estados Unidos, uma conclusão completamente acessória e desnecessária para a formação do precedente.

Dessa forma, embora não sirva como precedente, pode ter eficácia persuasiva na prolação de decisões futuras, inclusive conforme pontua Fredie Didier Junior, “pode sinalizar uma futura orientação do tribunal”⁴⁶. O voto vencido de um relator, por exemplo, pode ser considerado *obter dictum*. Daí, então, sua importância, embora pouco salientada.

2.5 Espécies de decisões que configuram precedentes

As espécies de decisões padrões no âmbito do direito jurisprudencial brasileiro que possuem essa característica de precedentes são diferenciadas pelos efeitos causados quando da configuração, em relação aos casos análogos e à eficácia jurídica.

De acordo com Fredie Didier Junior, são efeitos de um “precedente” – no sentido de decisão pretérita paradigma – no Brasil: (i) vinculante/obrigatório; (ii) persuasivo; (iii) obstativo de revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescidente e (vi) de revisão de sentença.⁴⁷

Os conceitos desses efeitos, na classificação principal da teoria dos precedentes já foi abordado neste estudo. Analisando-se, todavia, os efeitos dessas decisões no direito brasileiro, importa, prioritariamente, apresentar algumas peculiaridades e certa evolução de raciocínio. Enfatizaremos três principais. Inicialmente os obstativos de revisão de decisões e os autorizantes, que são as decisões com o poder de obstar a apreciação de um recurso por órgão colegiado ou obstar a remessa necessária.

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 459.

⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467.

Referido efeito dentro do direito jurisprudencial encontrava previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, garantindo ao magistrado o poder de julgar de plano determinada matéria, ou obstar a remessa necessária, quando o tema estivesse em desacordo com precedente judicial consolidado, principalmente aqueles emanados pelas cortes de superposição.

Eram os casos previstos nos artigos 475, § 3º, 518, § 1º, 544, §§ 3º e 4º e 557, todos do Código de Processo Civil de 1973.

As decisões com efeito obstativo de revisão da decisão, embora tenham perdido força a partir da nova sistemática processual civil – especialmente em função das alterações principiológicas e basilares trazidas com a nova Lei –, ainda prevalecem nas normas atuais. É o que se elucida com a manutenção das normas do artigo 475 do Código de 1973, superado pelo artigo 496 do Código atual. Ou seja, são casos específicos, mas que obstam, de plano, a apreciação da matéria arguida pela parte no processo.

Em segunda análise, veremos as decisões com efeito persuasivo no direito brasileiro. Seguindo a denominação, não possui caráter vinculativo, isto é, não vincula outros magistrados obrigando-os a julgar de forma equidistante. Caso ele o faça, será porque concorda com a fundamentação e o resultado garantido pelo precedente dessa modalidade.

Sobre a ótica dos precedentes com efetivo persuasivo e sua eficácia, relevante ressaltar que as mudanças do Código de Processo Civil trouxeram também inovações inenarráveis, respeitando a segurança jurídica. Isso, pois, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o legislador, em observância ao precedente persuasivo, garantia faculdades aos magistrados de fazerem com que sua repercussão incidisse sobre decisões posteriores.

Um exemplo prático nesse sentido era a redação do artigo 285-A⁴⁸ do Código de Processo Civil de 1973 – incluído nas inovações ocorridas em 2016 –, que garantia ao magistrado o poder de indeferir um pedido apresentado em juízo antes da citação da parte adversa e da abertura do contraditório, quando já tivesse consolidado entendimento no sentido diverso ao pleito.

Algumas peculiaridades haviam sido observadas para se evitar prejuízos na prestação da tutela (o dispositivo causava espanto). Apenas seria possível aplicar o dispositivo em questão nos casos em que a matéria fosse exclusivamente de direito e, o caso *sub judice*, idêntico aos que solidificaram o entendimento do juízo.

Independente disso, de certa forma, é uma afronta ao princípio do devido processo

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Artigo 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

legal e precipuamente à segurança jurídica.

A previsão foi extirpada pela nova lei processual, modificando sua redação – sob a ótica do texto comparado. O Código de Processo Civil introduziu o artigo 332, que prevê a mesma possibilidade de julgamento liminar de improcedência, todavia, exclusivamente no caso de afronta à precedente com efeito estritamente vinculativo.

O cerne é que no caso dos precedentes com efeito persuasivo, os magistrados, independentemente do grau de jurisdição, continuarão, mesmo com as alterações sistemáticas do processo civil brasileiro, decidindo por livre vontade se concordam ou não com a matéria, até que se prolate decisão especial com efeito vinculativo para determinar o entendimento imutável do poder judiciário sobre o tema.

Por fim, analisando-se os efeitos dessas decisões no direito brasileiro, importa, prioritariamente, abordar os precedentes vinculantes/padrões decisórios com característica vinculante. Conforme exposto, são os precedentes que possuem eficácia vinculativa em relação às decisões análogas que lhe forem supervenientes, isto é, a *ratio decidendi* – os fundamentos jurídicos assentados na motivação que sustentam a decisão – que vinculam os juízos em casos semelhantes.

Cada uma das decisões dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil – de acordo com parcela da doutrina, as decisões ou precedentes vinculantes que têm eficácia obrigatória – serão abordadas posteriormente. Nesse momento, o objetivo é enfatizar a temática da eficácia vinculante dessas decisões.

Isto, pois, parcela da doutrina entende em contrassenso, no sentido de que os institutos do artigo 927 do Código de Processo Civil estabelecem em sua maioria decisões de eficácia persuasiva, ou seja, expressamente os juízes e tribunais as observarão, mas não ficarão vinculados a elas.

Nesse sentido, leciona Cassio Scarpinella Bueno:

Aquela palavra (vinculante) só aparece naquele sentido em dois momentos: para indicar as súmulas vinculantes do STF – mas, para estas, há expressa previsão constitucional no artigo 103-A da CF – e no § 3º do artigo 947, a propósito do incidente de assunção de competência, quando se lê que o acórdão proferido vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese. Fora desses dois casos, a palavra é evitada – ousou afirmar, até mesmo, de forma consciente – justamente para furtar-se à polêmica [...].⁴⁹

Tem sua razão a posição mencionada. De fato, o Código de Processo Civil estabelece como expressamente vinculante, apenas a súmula vinculante do Superior Tribunal de Justiça e

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 630.

o incidente de assunção de competência. Entretanto, numa análise mais detida de todos os meios estabelecidos no diploma processual, os que serão abordados a seguir nas técnicas de aplicação do direito jurisprudencial no procedimento, é possível verificar que o Código, na verdade, utiliza a palavra “observarão” expressa no artigo 927 do Código de Processo Civil, com o intuito de garantir obrigatoriedade de vinculação.

Tanto assim que em muitos casos uma decisão pode ser considerada como “não decisão”, quando não respeitar detidamente um provimento de eficácia obrigatória nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil.

2.5.1 Rol das decisões que possuem eficácia vinculante de acordo com as disposições do artigo 927 do Código de Processo Civil

No Brasil, parcela substancial da doutrina⁵⁰ entende que existem cinco hipóteses nas quais o precedente tem força vinculativa: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) 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 e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. São, pois, aquelas dispostas nos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil.

A partir deste tópico passaremos a analisar cada uma delas.

2.5.1.1 Controle concentrado de constitucionalidade

O atual controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade no Brasil passou por um processo histórico iniciado com a Constituição Federal de 1934, que criou a figura da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando a apreciação de constitucionalidade de lei que houvesse determinado a intervenção da União em um Estado. Apenas o Procurador-Geral da República possuía legitimidade para propor a representação interventiva.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, a Constituição de 1934 significou um relevante marco para o desenvolvimento do controle

⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 469.

concentrado no Brasil:

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito Brasileiro.⁵¹

A Constituição de 1946 ampliou as hipóteses de cabimento daquela ação direta, mas manteve a sua característica de instrumento processual destinado a compor os conflitos federativos, característica antes delineada pela Constituição de 1934.⁵²

Em 26 de novembro de 1965, por ocasião da Emenda Constitucional n. 16, instituiu-se:

[...] ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Parte das mudanças já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27.10.1965. [...] A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes, veio somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.⁵³

Não houve grandes inovações com a Constituição Federal de 1967⁵⁴/1969⁵⁵ na sistemática do controle de constitucionalidade concentrado: “Inovação digna de nota veio com a Emenda Constitucional n. 7/1977⁵⁶, que reconheceu expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal para conceder medida cautelar em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República”⁵⁷.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 manteve e aperfeiçoou o até então existente controle concentrado de constitucionalidade de leis. O artigo 103 da Carta Magna dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, numerando os legitimados ativos para o ajuizamento da ação: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.086.

⁵² PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 67.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.092-1.094.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

⁵⁵ BRASIL. Emenda Constitucional n. 01/69. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1969.

⁵⁶ BRASIL. Emenda Constitucional n. 07/77. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 abr. 1977.

⁵⁷ PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 67.

confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Fácil observar que a Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer um grande número de legitimados a provocarem o Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta, a exercer o juízo de validade constitucional de lei e atos normativos. Conforme visto, essa prerrogativa restringia-se exclusivamente ao Procurador-Geral da República.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, ao comentar as inovações trazidas pelo novo Texto Fundamental no que tange ao controle concentrado de constitucionalidade e seus legitimados, afirma:

A grande mudança vai-se verificar no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CF, artigo 102, I, a, c/c o artigo 103). [...] Tal fato [da expansão dos legitimados para propor ação direta] fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. [...] A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.⁵⁸

A ação direta de inconstitucionalidade é, portanto, o mais importante meio de exercitar o controle abstrato de constitucionalidade, embora não seja o único. O § 2º do artigo 103 da Constituição Federal de 1988 prevê, inclusive, a possibilidade de um controle concentrado da omissão legislativa: “a inconstitucionalidade por omissão se configuraria no momento em que se deixa de cumprir qualquer de suas disposições, ao passo que a inconstitucionalidade por ação se dá quando se atua contra as disposições constitucionais”.⁵⁹

No controle concentrado, diversamente do controle difuso, apenas o Plenário do Supremo Tribunal está autorizado a julgar e proferir declaração acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 3/1993⁶⁰ criou a ação declaratória de constitucionalidade, cujo objetivo, conforme indica o próprio nome, é ver declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, pondo fim à existência de

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.103-1.104.

⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

⁶⁰ BRASIL. Emenda Constitucional n. 03/93. Altera os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 1993.

controvérsia judicial quanto à validade constitucional do ato jurídico objeto da demanda. Trata-se, portanto, de controle positivo de constitucionalidade.

A ação declaratória de constitucionalidade foi objeto de muita crítica doutrinária, tendo em vista que todas as leis e atos normativos do poder público gozam de presunção de legalidade e constitucionalidade, de maneira que, enquanto não ilidida tal presunção, permanece, para todos os efeitos, a presunção de validade constitucional destes atos jurídicos perante o Texto Fundamental, de maneira que despicendo seria existir uma ação própria visando o controle positivo de constitucionalidade.

A discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/1993, que havia sido suscitada pela Associação Nacional dos Magistrados, foi pacificada no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade n. 1, proposta pelo governo federal.⁶¹

Por ocasião do julgamento da aludida ação objetiva, o Ministro Relator José Carlos Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, expôs entendimento que acabou prevalecendo naquela corte, de que a “ADC sobrevive em nosso sistema porque a EC 3/93, que a instituiu, é constitucional”.⁶²

A Emenda Constitucional n. 45/2004⁶³ estendeu o rol de legitimados da ação declaratória de constitucionalidade para os mesmos que estariam legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade; assim, determinou que todas as decisões proferidas naquela demanda objetiva vinculam os órgãos do Poder Executivo estadual e municipal.

Ainda, o artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei n. 9.882/1999⁶⁴. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais, estaduais e municipais impugnados perante juízes e tribunais pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão – e outras que tratam da mesma questão –, até que essa Corte decida a questão. E a orientação, pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem. Ou seja, a decisão nessa arguição terá eficácia *erga omnes*, de modo que se imporá a todas as ações colhidas pela arguição, e efeito vinculante, ou seja,

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.106.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 01-DF. Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 03/93, no tocante à instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade. Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, 27 out. de 1993. *In*: RTJ 157/371.

⁶³ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45/04. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

⁶⁴ BRASIL. Lei n. 9.882, de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 dez. 1999.

será obrigatória para o futuro para todos os órgãos judicantes e administrativos. Tal qual sucede com o reconhecimento da inconstitucionalidade nas ações diretas, os efeitos dessa inconstitucionalidade poderão, nas mesmas condições, ser restringidos ou ser fixada a data de sua incidência, por decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Aponte-se ainda que tal arguição poderá ser proposta pelos legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade.⁶⁵

Ressalte-se, ainda, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente é cabível quando demonstrada a violação a preceitos fundamentais inseridos na Carta Magna, por ato do poder público. Ademais, o instituto em apreço tem natureza processual subsidiária, na medida em que somente se torna possível sua utilização quando não houver qualquer outro meio apto a reparar e sanar a lesão ao preceito fundamental.

Helenilson Cunha Pontes observa:

outra distinção importante entre a ADPF, a ADIn e a ADC repousa na circunstância de que a primeira ação é cabível quando for relevante a fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive editados anteriormente à Constituição atual, ao passo que as duas últimas ações (ADIn e ADC) apenas podem ter por objeto norma editada posteriormente ao Texto Constitucional diante do qual a mesma tem a sua validade contestada.⁶⁶

Por fim, os efeitos emanados da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade na sistemática de fiscalização de validade constitucional de leis e atos normativos do poder público prolatada pelo Supremo Tribunal Federal são retroativos e gerais, isto é, gozam de eficácia *ex tunc* e *erga omnes*. Importante lembrar que a Lei n. 9.868/1999, relativamente à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, possibilita ao pretório excelso modular os efeitos subjetivos no tempo da declaração acerca do juízo de constitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros. Do mesmo modo, a Lei n. 9.882/1999 autoriza que o mesmo seja feito no que tange às decisões em arguição de descumprimento de preceito fundamental, obedecidos os mesmos requisitos.

Necessário salientar, contudo, especificamente as decisões com efeito vinculante proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade que possuem efeito vinculativo em relação a todos os órgãos jurisdicionais do país e da administração pública. Esse efeito vinculativo não está ligado à fundamentação e a *ratio decidendi* dessas decisões.

Nesse caso, a vinculação decorre de expressa disposição legal devido à coisa julgada,

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

⁶⁶ PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 72.

ou seja, possuir efeito *erga omnes*. Decorre, então, da norma jurídica.

É, portanto, distinção que deve ser observada entre o efeito vinculante de um precedente e a coisa julgada *erga omnes*. De toda sorte, é explicitado pelo Código de Processo Civil como uma das decisões que possuem eficácia obrigatória.

2.5.1.2 Súmulas dos tribunais superiores

Conforme ensina Peter Panutto, a evolução histórica dos entendimentos sumulados no Brasil nos remete ao ano de 1960, quando o Ministro Victor Nunes Leal assumiu uma cadeira no Supremo Tribunal Federal.⁶⁷

Nesse momento, deparou-se com certa dificuldade de se recordar dos entendimentos jurisprudenciais dominantes já consolidados pelo Supremo Tribunal Federal. Por essa razão passou a “sistematizar” as matérias sedimentadas pela corte, facilitando a utilização de um material unificado sobre referidos entendimentos.

A partir daí, a súmula foi instituída por meio de uma emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal, publicada em 30 de agosto de 1963, que passou a vigorar no poder judiciário em 1964. O Superior Tribunal de Justiça, então, procedeu da mesma forma e introduziu, posteriormente, os entendimentos sumulados em seu regimento interno, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973.⁶⁸

A figura dos entendimentos sumulados foge completamente da lógica da doutrina de precedentes pois é, na verdade, em si o próprio núcleo de fundamentação e norma geral. Não existe *ratio decidendi* nas súmulas.

Nesse sentido, imperiosa a manifestação de Luiz Guilherme Marinoni:

As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes função de precedentes, na medida em que só a decisão do caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere.⁶⁹

No mesmo sentido, lecionam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “Evidentemente, súmulas não são precedentes. São a expressão verbal do núcleo (da essência, do extrato) de

⁶⁷ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017, p. 43.

⁶⁸ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017, p. 44-45.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 23.

várias decisões antecedentes de um mesmo tribunal, num mesmo sentido”.⁷⁰

Por essa razão, mais uma vez, se poderia dizer que provimento obrigatório ou padrão decisório seriam denominações mais adequadas para as decisões obrigatórias do artigo 927 do Código de Processo Civil.

A súmula é o compêndio de entendimentos solidificados por um determinado tribunal que, ao analisar a repetição de demandas e principalmente a uniformização de sua jurisprudência em um determinado sentido, edita uma norma geral, tal como o ato do legislativo, para estabelecer o sentido dos julgamentos dos casos futuros sobre aquela matéria.

As súmulas comuns devem ser editadas pelos tribunais de acordo com o seu regimento interno. É o que estabelece o artigo 926, § 1º, regra extremamente ampla e pouco padronizada. O Código de Processo Civil deveria ter sido aproveitado para unificar também a forma de se editar e consolidar os entendimentos sumulados para todos os tribunais brasileiros.

Para a lógica do artigo 927 do diploma processual, todavia, apenas as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, terão eficácia obrigatória. É o que dispõe o inciso IV do mesmo artigo.

Assim, toda matéria voltada para entendimentos reiterados dos tribunais superiores que se concluir na edição de determinada súmula possuirá eficácia vinculante, sob a ótica do artigo 927 do Código de Processo Civil. Vislumbra-se, todavia, que no caso de entendimentos reiterados sobre determinada matéria, a lógica também dos julgamentos de casos repetitivos poderá ser levantada para solucionar questão controvertida sem a necessidade de edição de súmula. Para a finalidade do direito jurisprudencial, na verdade, o sistema de afetação e de julgamento dos casos repetitivos para originar as decisões obrigatórias parece muito mais completo e garantidor dos direitos fundamentais tão exaltados pelo Código de Processo Civil. Os critérios de julgamento desses casos repetitivos são adotados para concluir, no que diz respeito à segurança jurídica, com muito mais complexidade e eficácia do que a simples edição das súmulas dos tribunais superiores.

De toda sorte, as súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional seguem a mesma sistemática do direito jurisprudencial desenvolvido pelo Código de Processo Civil e possuem, por força da lei, esse caráter obrigatório de observação nos casos futuros à

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 258.

sua edição.

2.5.1.3 Súmulas vinculantes

Assim como as súmulas dos tribunais superiores, tratadas no tópico anterior, a súmula vinculante não é uma decisão judicial, dotada de fundamentação e dispositivo, da qual se poderia extrair uma *ratio decidendi*. Na verdade, também é em si o próprio núcleo da fundamentação e por isso se equipara a uma norma abstrata e geral.

A súmula vinculante, todavia, existe para consolidar tese solidificada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei n. 11.417/2009 e da redação do artigo 103-A da Constituição Federal, trazida pela Emenda Constitucional n. 45, em matéria sobre direito constitucional. O efeito vinculativo garante eficácia em relação ao Supremo Tribunal Federal e todos os demais órgãos jurisdicionais do país, administração pública direta e indireta e demais esferas da federação.

A súmula vinculante foi incluída na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Lei Maior.

Uma análise pragmática do dispositivo conclui que as súmulas vinculantes são enunciados elaborados pela suprema corte brasileira com força de norma legal (ou até maior), aplicada e de obediência resguardada em relação a todos os órgãos do poder judiciário, da administração pública direta e indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais, a partir de sua publicação na fonte oficial.

São formuladas depois de reiteradas decisões em prestação de tutela jurisdicional em matéria constitucional levada ao crivo do Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto de interpretação seja a validade e a eficácia das normas acerca das quais exista controvérsia entre órgãos do poder público, sempre que o entendimento prevalecer sobre, pelo menos, dois terços dos membros do tribunal, quórum mínimo para sua formulação.⁷¹

Contudo, necessário ressalvar que o efeito vinculante da súmula poderá ser modulado pelo Supremo Tribunal Federal. A Lei n.11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento da súmula, em seu artigo 4º, indica que por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, poder-se-á restringir o efeito vinculante ou garantir-lhe eficácia no tempo que entender pertinente, em observância às razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público.

⁷¹ CARREIRA, Guilherme Sarri. **O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial**. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013, p. 107.

Por força do efeito vinculante, o dispositivo constitucional garante eficácia forte à súmula em razão da existência do instituto da reclamação, meio próprio de impugnação, que poderá ser praticada contra ato administrativo relacionado à decisão judicial que contrariar a disposição sumulada.

Todo o procedimento relativo à edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante está previsto nas Resoluções n. 381/2008 e n. 388/2008, esta última voltada ao procedimento do processamento dos pedidos de edição, revisão e cancelamento.

De acordo com as resoluções, que seguem o texto da Lei n. 11.417/2006 e do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, as propostas de edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes serão registradas e autuadas (como proposta de súmula vinculante – PSV), fazendo-se publicar edital na fonte oficial da corte suprema, para ciência e manifestação de eventuais interessados no prazo de 5 dias da publicação.

Dando sequência ao procedimento, após o transcurso do prazo para manifestação, a proposta é analisada pela Comissão de Jurisprudência a fim de verificar sua adequação formal. Ato contínuo, uma cópia da proposta é encaminhada aos demais Ministros da corte e ao Procurador-Geral da República e remetidos os autos para conclusão ao Ministro Presidente, o qual incluirá a proposta para apreciação do pleno. O procedimento pode ser feito de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, ou por provocação feita pelos mesmos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade.⁷²

Registra-se que a finalidade de garantir publicidade e intervenção da população no processo de edição da súmula vinculante é conferir maior legitimidade democrática à formulação da norma jurídica⁷³. Em verdade, esse procedimento apenas serve para garantir maior legitimidade à formulação do enunciado.

Sobre o provimento obrigatório da súmula vinculante, observa Lenio Luiz Streck:

Talvez a súmula vinculante seja a resposta darwiniana a esse “livre-decidir” e a um certo descompromisso para com a fundamentação. [...] Temos que encontrar o fio condutor da tradição que se liga ao enunciado e, caso nenhuma tradição se ligue ao dito no enunciado, já estaremos diante de uma inconstitucionalidade. Teremos que buscar os “casos” e o “contexto” em que esse enunciado foi produzido (pensemos na súmula 5, que, aplicada tábula rasa, revoga dispositivo da CF). Não é possível, portanto, continuarmos analisando os textos das súmulas como se ali fosse “o lugar da verdade” e como se o sentido “imane” desse texto nos desse as respostas para

⁷² Brasil. Lei n. 11.417/2006, de 19 de dezembro de 2006. Artigo 3º – São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI – o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

⁷³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 469.

a sua futura aplicação.⁷⁴

A súmula vinculante é o passo final para o processo de reformulação democrática do poder judiciário brasileiro. A força vinculante da súmula supera a aplicação do próprio texto de lei, mas com procedimento de alteração, pelo livre convencimento, um mecanismo eficaz de garantia à segurança jurídica.

2.5.1.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência

Ainda sobre as inovações do Código de Processo Civil, à luz do sistema de provimentos obrigatórios, instrumento processual, de natureza incidental, extremamente valiosa foi a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em breves linhas, trata-se de ferramenta através da qual poderá ser suscitada ao órgão especial do tribunal no qual esteja vinculado determinado processo judicial a averiguação e formalização de um posicionamento com eficácia vinculativa que resolva demandas repetitivas – com a mesma relação fática – nas quais os órgãos fracionados estejam prolatando decisões com sentidos distintos.

Seu cabimento existe nas hipóteses de multiplicidade de recursos sobre determinada matéria – necessariamente idêntica – perigo de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e para assegurar que a questão não recaia sobre discussão dos fatos, mas apenas do direito invocado.⁷⁵

O principal motivo da criação do incidente – importado pelo Brasil do direito alemão e inglês – é a garantia à isonomia nas decisões judiciais e conseqüentemente a segurança jurídica.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

Em síntese, havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos – individuais ou coletivos – poderá ser instaurado o incidente, para que, a partir de um ou mais processos, seja formulado um “modelo” do conflito repetitivo, a fim de que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do Tribunal. O Tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados, para que profira decisão completa, que tenha efetivamente o potencial de pacificar os conflitos repetitivos.⁷⁶

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto?** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 132.

⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1.322.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.186.

Característica importante do incidente de resolução de demandas repetitivas é que, a partir do momento em que seu trâmite é admitido pelo tribunal, de acordo com a norma disposta no artigo 982 do Código de Processo Civil, os processos individuais ou coletivos que tramitarem com a mesma matéria levada à uniformização serão suspensos até o julgamento da controvérsia, limitando-se ao prazo de um ano (artigo 980 do Código de Processo Civil).

Juntamente aos recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas compõe o microssistema de formação e aplicação de provimentos obrigatórios do direito jurisprudencial, com eficácia vinculativa que deve ser observado pelos juízes vinculados ao tribunal prolator da decisão.

No mesmo sentido, leciona Fredie Didier Junior:

Formado o precedente obrigatório [...] os juízos e tribunais devem observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (artigo 332, II e III, CPC), dispensando remessa necessária (artigo 496, § 4º, II e III, CPC), autorizando a tutela provisória de evidência (artigo 331, II, CPC) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (artigo 932, IV, b e c, V, b e c; artigo 955, parágrafo único, II, CPC).⁷⁷

A ferramenta evidencia ainda mais os benefícios logrados pelas alterações da sistemática processual brasileira que, embora careçam de estipulações mais rígidas, está cada vez mais próxima à coerência e à segurança dos jurisdicionados.

Nota-se que o objetivo de se alcançar uma solução jurídica única para casos reiterados no judiciário, sob a ótica do Incidente, é tão sério que nos termos do § 1º do artigo 976 do Código de Processo Civil, a desistência ou o abandono do processo que causou sua instauração não impede seu julgamento.

O incidente de resolução de demandas repetitivas está em absoluta harmonia com os principais objetivos do Código de Processo Civil, no sentido de agilizar a prestação da tutela jurisdicional e uniformizar a jurisprudência dos tribunais.

Por sua vez, existe igualmente o incidente de assunção de competência, ao lado daquele de resolução de demandas repetitivas na organização dos provimentos obrigatórios. Ele possibilita ao colegiado avocar para julgamento, com o intento de unificar sua jurisprudência, recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, desde que haja relevante questão de direito com grande repercussão geral para prolatar seu provimento de eficácia obrigatória.

Diversamente do incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de

⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 510.

assunção de competência não requer a multiplicidade de recursos. Ao contrário, desde que haja um único processo no qual os requisitos acima narrados sejam integralmente vislumbrados, cabe sua instauração.

Seu objetivo é muito mais preventivo. É uma técnica para evitar a dispersão da jurisprudência.⁷⁸

No caso do incidente de assunção de competência, merece observação o fato de que além de estar estabelecido como um provimento obrigatório do artigo 927 do Código de Processo Civil, quando a Lei aborda sobre ele (artigo 947, §3º), estabelece especificamente a palavra “vinculante” ao tratar dos efeitos da decisão prolatada com sua instauração.

2.5.1.5 Recursos repetitivos

Os recursos excepcionais possuem pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos muito mais abrangentes que todos os outros dispostos no processo civil brasileiro.

Ensinam Anselmo Prieto Alvarez, Sérgio Seiji Shimura e Nelson Finotti Silva que “os recursos excepcionais devem preencher, além dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos comuns a todos os recursos, outros requisitos mais rígidos”.⁷⁹

Por isso o cabimento para os recursos excepcionais deveria ser ínfimo. Ocorre que no Brasil toda e qualquer decisão é passível de descontentamento e, de maneira incontestável, os tribunais superiores são abarrotados de recursos especiais e recursos extraordinários, mesmo com um regramento que limita totalmente seu cabimento à fundamentação vinculada.

A nova lógica estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 criou força inegável ao denominado microssistema normativo de julgamento de casos repetitivos, que abarca não apenas os recursos excepcionais, mas também outros institutos criados pelo diploma processual. É evidente a intenção do legislador de criar um mecanismo de “desafogamento” do judiciário pelos casos reiterados.

Tanto assim que a partir de sua vigência, não apenas o recurso especial – que já tinha disciplina do repetitivo –, agora também o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal igualmente pode seguir as regras do julgamento de casos repetitivos para matéria constitucional. É o que se estabelece entre os artigos 1.036 e 1.041 do Código de Processo Civil.

A multiplicidade de recursos, conforme prescreve o artigo 1.036, pode ser verificada

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 649.

⁷⁹ ALVAREZ, Anselmo Prieto; SHIMURA, Sérgio Seiji; SILVA, Nelson Finotti. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 357.

no âmbito dos tribunais de justiça dos estados e dos tribunais federais. Nesse caso, quando ocorrido, o presidente ou vice-presidente do tribunal – de acordo com seu regimento interno – selecionará ao menos dois recursos extraordinários ou especiais para serem encaminhados aos tribunais superiores como representativos da controvérsia.

Registra-se que, nos termos do § 5º do dispositivo mencionado, a seleção desses casos representativos pode ser feita igualmente pelos tribunais superiores. Esses recursos representativos de controvérsia, segundo Cassio Scarpinella Bueno, são recursos que “versando sobre idêntica questão jurídica que se repete, contenha abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”⁸⁰

O ato de seleção dos recursos quando realizado pelos tribunais estaduais ou federais gera consequência direta na suspensão dos processos pendentes de julgamento sobre aquela matéria, individuais ou coletivos, daquela jurisdição. A suspensão regional dura até o momento da afetação (ou não) pelo tribunal superior.

O ato contínuo para julgamento do repetitivo é a afetação. Recepcionados os recursos com pretensão de julgamento pela lógica dos repetitivos, o relator do tribunal superior, nos termos do artigo 1.037 do Código de Processo Civil, identificará a questão submetida ao julgamento, dará a decisão de afetação determinando a suspensão de todos os processos pendentes de julgamento sobre a mesma matéria no território nacional e poderá requisitar aos tribunais estaduais ou federais remessas de outros repetitivos da controvérsia.

Após a afetação, as partes em cada processo individual ou coletivo serão intimadas da suspensão dos atos processuais até efetivo julgamento do repetitivo. A parte poderá, a partir dessa decisão, expor eventualmente as razões pelas quais seu processo não possui controvérsia diversa daquela controvérsia objeto dos recursos afetados.

O julgamento dos repetitivos, nos termos do artigo 1.038 do Código de Processo Civil, admite ampla participação de terceiros intervenientes e de todos os interessados na solução da demanda, garantindo a segurança jurídica e a correta solução da controvérsia geral almejada pelo instituto.

Publicado o acórdão paradigma, a decisão prolatada valerá, em território nacional, para solucionar todos os casos suspensos anteriormente pela afetação. As consequências para cada caso com o julgamento do especial ou extraordinário repetitivos estão dispostas no artigo 1.040 do Código de Processo Civil e serão melhor abordadas oportunamente.

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – procedimento comum. Processos nos tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 630.

2.5.1.6 Orientação dos órgãos especiais dos tribunais – recurso extraordinário com repercussão geral e súmula de tribunal local sobre matéria estadual e municipal

Para completar, o último provimento estabelecido no artigo 927, V, do Código de Processo Civil, de eficácia obrigatória de força média, seguindo a lógica já estudada, são as decisões do plenário e órgão especial dos tribunais locais.

Fala-se em força média, pois não há um meio próprio de impugnação quando desrespeitado o entendimento firmado nas decisões do plenário ou órgãos especiais do tribunal, mas apenas meios alternativos, com recursos convencionais e não específicos da afronta ao entendimento firmado, no caso de desrespeito em caso futuro.

Essa eficácia obrigatória, registra-se, vale apenas para aqueles juízes que estiverem na jurisdição do tribunal que consolidou seu entendimento sobre determinada matéria através do plenário ou do órgão especial.

Assim, para um juiz de direito, por exemplo, prolatar decisão sobre determinada matéria já submetida a julgamento do tribunal de justiça em sede de julgamento colegiado realizado pelo plenário ou pelo órgão especial, incidirá sobre ele a eficácia obrigatória dessa decisão colegiada.

Não é necessário que o caso tenha sido submetido ao julgamento na lógica do incidente de resolução de demandas repetitivas, isto é, não é imprescindível existir multiplicidade de demandas para julgamento pelo plenário ou corte especial. Esse regramento, todavia, dependerá do regimento interno dos tribunais locais, que estabelecem os casos que serão submetidos a essa modalidade de julgamento.

Observação importante, também, é que o inciso que trata das decisões do plenário ou corte especial aborda especificamente orientação do tribunal e não decisão.

Certamente o termo ‘orientação’ deve ser lido como decisão. Isso, pois, conforme lembra Daniel Amorim Assumpção Neves, em nenhuma hipótese um órgão jurisdicional tem natureza consultiva. Por isso, apenas prolata decisão e não oferece orientação.⁸¹

Por fim, esclarece-se que a vinculação de que trata o artigo 927, V, do Código de Processo Civil possui duas ordens. A primeira delas é interna, relativa aos próprios órgãos fracionários do tribunal que deverão respeitar o entendimento consolidado. Assim, qualquer decisão prolatada tanto pelo plenário quanto pelo órgão especial deve ser observada por todos os desembargadores vinculados àquele determinado tribunal. Afinal, pensar que um órgão

⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.309.

fracionário decida de maneira contrária ao estabelecido pelo órgão especial seria verdadeira afronta à segurança jurídica e tudo mais que pretende estabelecer o Código de Processo Civil.

A outra é a vinculação de ordem externa, ou seja, a vinculação delimitada aos julgadores que não compõem os órgãos fracionários do tribunal, mas estão vinculados àquela jurisdição. Nesse sentido, inclusive, é o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁸²

2.5.2 Recurso extraordinário com repercussão geral não afetado pelo sistema de casos repetitivos

Além de todas as decisões que por força do artigo 927 do Código de Processo Civil possuem eficácia obrigatória, importante tratar do tema recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, mas que não foram submetidos pelo sistema de julgamento dos casos repetitivos.

Em regra, seguindo o estabelecido pelo sistema de direito jurisprudencial criado pelo Código de Processo Civil, apenas teria eficácia obrigatória a decisão prolatada em sede de recurso extraordinário que seguisse a lógica de julgamento dos casos repetitivos, devidamente afetado.

Todavia, como entendimento da doutrina majoritária, não somente o recurso extraordinário afetado pelo sistema de casos repetitivos deve ter sua decisão dotada de eficácia vinculativa, como também o recurso extraordinário que, independentemente da multiplicidade de demandas, for recepcionado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral reconhecida.

Sobre o tema, Arruda Alvim destaca:

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, ainda que não se tratem de recursos extraordinários repetitivos, possuem força vinculante, devendo, portanto, ser observadas tanto quanto as decisões proferidas nos recursos extraordinários repetitivos.⁸³

Esse entendimento se justifica principalmente pelas alterações as quais se submeteu o Código de Processo Civil, especialmente pela Lei n. 13.256/2016, que criou a possibilidade de propositura de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, independentemente de estar afetado pelo

⁸² “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do artigo 926 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos” (Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

⁸³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.523.

sistema de julgamento de casos repetitivos.

Além disso, conforme será abordado oportunamente, foi prevista pela Lei n. 13.256/2016 a possibilidade de, na realização do juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice-presidente de tribunal recorrido em recurso extraordinário,

negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral.⁸⁴

Por isso, então, o entendimento consagrado por Arruda Alvim se justifica. Uma análise sistemática do Código de Processo Civil garante que, embora a decisão seja prolatada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mesmo em caso isolado, deve integrar as decisões que possuem eficácia vinculante e obrigatória, conforme aquelas dispostas em seu artigo 927.

Sobre o tema, Arruda Alvim tece algumas críticas salutares às alterações legais que, mesmo indiretamente, garantiram essa eficácia obrigatória ao recurso extraordinário que não foi afetado pelo sistema dos casos repetitivos.⁸⁵

A crítica se dá pelo fato de que no julgamento de casos repetitivos, a afetação acaba exigindo um debate muito mais amplo sobre as matérias submetidas ao procedimento. A participação da sociedade e dos interessados no resultado da tese que será firmada é muito maior e, por essa razão, a discussão sobre a matéria será mais completa.

Assim, casos isolados que não possuam uma multiplicidade de litígios também terão menor amplitude de discussão jurídica.

De toda sorte, isso não afeta o fato de que o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, independentemente da multiplicidade de casos e da afetação pelo sistema de julgamento de casos repetitivos, resultará em uma decisão com eficácia obrigatória, assim como todas aquelas previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil.

2.6 Efeitos jurídicos do precedente

Sendo, pois, uma decisão judicial, os precedentes produzem efeitos no ordenamento jurídico no qual estão estabelecidos. Os efeitos dos precedentes judiciais estão diretamente ligados ao grau de respeitabilidade da *ratio decidendi* formada.

⁸⁴ BRASIL. Lei n. 13.105/2015. Artigo 1.030, V.

⁸⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.524.

Dividida em graus, essa respeitabilidade pode ser classificada em três níveis: (i) eficácia persuasiva; (ii) eficácia impositiva intermediária ou obstativo de revisão de decisões/autorizante e (iii) eficácia vinculante ou obrigatória.

O precedente persuasivo (*persuasive authority*) não vincula o Estado Juiz à obrigatoriedade de aplicar aquela *ratio decidendi* no caso concreto futuro de matéria de direito análoga, mas o faz apenas como indicativo de solução correta.

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, é um “indício de uma solução racional socialmente adequada”.⁸⁶ Sua função principal é orientar o julgador sobre a solução mais correta já entregue àquela matéria controvertida pelo poder judiciário.

Em segunda análise, temos o grau de eficácia impositiva intermediário, também consagrado como obstativo de revisão de decisões que, embora não possua eficácia vinculante e obrigatória, também causa mais que uma mera persuasão ao julgador.

Isso, pois normalmente está ligado a teses jurídicas consagradas e consolidadas pelos tribunais. Embora não se tenha estabelecido o efeito obrigatório vinculante, elas garantem a segurança do jurisdicionado sobre aquele determinando entendimento solidificado.

É, então, a possibilidade estabelecida pelo legislador de o julgador, em determinadas situações, negar recebimento de recurso, por exemplo, em desacordo com a jurisprudência ou súmula firmada e reiterada.

Exemplo disso, conforme relembra Fredie Didier Junior, é a previsão do artigo 496, § 4º do Código de Processo Civil, que dispensa a remessa necessária no caso de decisões de primeiro grau fundamentadas em precedentes vinculantes estabelecidos no processo civil brasileiro.⁸⁷

Esse efeito pode também ser autorizante, quando determinante para admissão ou acolhimento de ato postulatório. Exemplo disso é a possibilidade de provimento de recurso por decisão monocrática contra decisão que deixa de respeitar precedente obrigatório.

Por fim, e talvez mais importante para o objetivo aqui buscado, é o grau de eficácia vinculante do precedente judicial.

Conforme revela a própria nomenclatura, é o precedente que cria efeitos obrigatórios para os julgamentos posteriores de casos análogos dotados de autoridade vinculante (*binding authority*).

A eficácia vinculante deve ser entendida como interna e externa. A vinculação se dá tanto para o tribunal que fixou o precedente de eficácia vinculante quanto para todos os outros

⁸⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 13.

⁸⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 471.

órgãos de julgamento a ele vinculados.

Nesse sentido, Claudinei J. Göttems leciona ser obrigatório “o precedente que vincula a decisão do juiz, não lhe permitindo decidir em contrariedade com a *ratio decidendi* do precedente”.⁸⁸

Sua eficácia é imperativa, não havendo qualquer margem para discricionariedade do julgador em estabelecer sentido contrário àquele consagrado na *ratio decidendi* do precedente vinculante antecedente.

A eficácia vinculativa, todavia, também possui graus de intensidade que, conforme explica Teresa Arruda Alvim, podem ser classificados em fraco, médio e forte.⁸⁹

O precedente vinculante com eficácia forte estabelece um remédio processual imediato e específico para garantir sua obrigatoriedade de cumprimento pelo julgador futuro.

Um exemplo possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro seriam os precedentes que admitem a propositura de reclamação (artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal e artigo 988 do Código de Processo Civil) contra decisões judiciais que desrespeitem determinado precedente obrigatório estabelecido no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, avaliam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas:

A obrigatoriedade será tida como forte quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação especialmente concebida para esse fim. São precedentes obrigatórios, no sentido forte, à luz do NCPC, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos, no regime dos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973 e do artigo 1.036 e ss. Do CPC/2015 (artigo 988, §5º, II).⁹⁰

O grau de eficácia, por sua vez, é médio quando há alternativas no ordenamento jurídico que viabilizem a rediscussão imediata da matéria por meios processuais não específicos para garantir a eficácia do precedente, mas aptos a fazê-los de maneira alternativa.

É o caso da via recursal para discutir uma matéria de caso futuro fundamentada em precedente não observado. Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas exemplificam mencionando o manejo recursal contra decisões proferidas em arguição incidental de inconstitucionalidade.⁹¹

Por fim, a eficácia vinculante é fraca quando não há meios de impugnação de decisão que em tese desrespeita o precedente vinculante.

⁸⁸ GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de M. **Súmula vinculante: a influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro**. v. 6. João Pessoa: Prima Facie, 2007, p. 96.

⁸⁹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 279.

⁹⁰ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 279.

⁹¹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 280.

Essa possibilidade normalmente só é vislumbrada em países enraizados no sistema do *common law*, uma vez que é irrelevante a consequência de não se seguir um precedente vinculante, pois os julgadores sequer cogitam essa possibilidade.

Dessa forma, entende-se ser uma obrigatoriedade de viés cultural decorrente do bom senso do julgador.

2.7 Confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinguishing*

Quando se tratar de um caso de aplicação do precedente judicial, o julgador deverá realizar o ato interpretativo do fato jurídico que a ele foi trazido pelo caso concreto, com a *ratio decidendi* do precedente em tese a ele aplicado.

Essa análise garantirá o reconhecimento de que a relação jurídica do caso *sub judice* é ou não passível de ser solucionada por meio daquele precedente. Essa é, pois, a técnica do *distinguishing* ou *distinguishsh*, que pode ser aplicada tanto se houver reconhecimento da aplicação do precedente ao caso concreto, estabelecendo-se o método de análise do caso concreto com o paradigma (*distinguishis*-método), quanto para estabelecer a divergência entre eles (*distinguishsh*-resultado).⁹²

Conforme argumenta Fredie Didier Junior, na hipótese de haver distinção entre o caso concreto pendente de julgamento e o paradigma que originou o precedente vinculante, o magistrado tem a possibilidade de seguir dois caminhos.⁹³

Primeiramente, é possível dar à *ratio decidendi* interpretação restritiva, quando as peculiaridades do caso e do próprio direito invocado impedem a aplicação do precedente na solução do litígio. É o chamado *restrictive distinguishing*, que possibilita ao magistrado julgar o processo sem vincular o precedente.

Outra hipótese de julgamento pelo *distinguishsh* é a aplicação extensiva do precedente ao caso concreto, mesmo que não se tratem de situações análogas, mas quando a tese jurídica ou a *ratio decidendi* consagrada também tem a possibilidade de solucionar o litígio. Nesse caso, o instituto é o *ampliative distinguishing*.

Sobre a técnica do *distinguishing*, pondera Arruda Alvim:

O julgador deve, então, demonstrar na fundamentação que o caso concreto não se amolda ao que foi decidido pelo órgão que fixou a tese. Ou, ainda, que a tese não tem normatividade sobre a situação sob julgamento, por se tratar de questões não idênticas, distintas, impossíveis de agrupamento em uma mesma categoria, seja por

⁹² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

⁹³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 505.

analogia, seja por interpretação extensiva. Nessa hipótese, são os próprios deveres de coerência e de integridade que ordenam que a distinção seja feita, já que aplicar desmedidamente precedentes judiciais é indesejável.⁹⁴

Esse é o verdadeiro ato de interpretação e criação do direito pelo judiciário, dentro do sistema de precedentes, uma vez que a interpretação e a subsunção do fato à norma acontecem exatamente com fundamento no cotejo analítico feito com os casos pretéritos.

2.8 Superação do precedente: *overruling* e *overriding*

Tão importantes quantos os meios de criação, confronto e interpretação dos precedentes – ou mais, se analisadas sob a ótica da segurança jurídica –, são as técnicas de superação.

Isso, pois, diversamente da figura do *distinguishing*, havia casos em que determinado precedente era considerado incorreto ou minimamente inadequado para a realidade de determinada sociedade. Daí, portanto, a necessidade do desenvolvimento das técnicas de superação de um precedente judicial, atualmente divididas em duas modalidades: *overriding* e *overruling*.

O *overriding*, em tese, é classificado como técnica de superação do precedente, através da qual sua aplicabilidade fica restringida, como uma revogação parcial. Embora classificado como técnica de superação, o *overriding* está muito mais próximo do *distinguishing*, uma vez que não há uma extinção do precedente, mas tão somente uma aplicação parcial em virtude de uma distinção de aplicação.⁹⁵

Com mais atenção em virtude de sua aplicação no direito brasileiro, o *overruling*, por sua vez, ocorre na ocasião em que um precedente vinculante é automaticamente substituído por outro precedente, prolatado pelo mesmo tribunal que o formulou. Conforme verifica Fredie Didier Junior⁹⁶, esta substituição pode ser tácita ou expressa:

- (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior;
- (ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

⁹⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.502.

⁹⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 297.

⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 508.

Observação que será melhor exposta oportunamente é que o *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para se superar determinada orientação jurisprudencial (artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil). É preciso dialogar com o precedente anterior para se proceder ao *overruling*.

De acordo com Thomas Bustamante⁹⁷, a “regra-de-ouro” das *departures*, entre as quais a *overruling*, é que, ao se afastar do seu próprio precedente, o órgão julgador sempre deve considerá-lo, visando tematizar expressamente o afastamento.

Outra técnica relevante do *overruling*, esta estadunidense, é a figura do *antecipatory overruling*. Através dela, tribunais inferiores podem revogar imediatamente eventual precedente consagrado por tribunal a ele hierarquicamente superior, quando este último tiver esboçado em outros casos entendimentos diversos ao próprio precedente que havia consagrado.

Por fim, as técnicas de superação acompanham também modulações de efeitos das novas decisões que superaram os precedentes. São elas a *prospective overruling* (a substituição do precedente ocorre com eficácia *ex nunc*) e a *retrospective overruling* (em contrassenso estabelece a eficácia *ex tunc* para a nova decisão que supera o precedente).

Especificamente na técnica processual civil brasileira, as formas de superação de qualquer provimento obrigatório, jurisprudência dominante e enunciado de súmula estão previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil.⁹⁸

As previsões têm o iminente cuidado de garantir que as alterações dos precedentes possam ser precedidas de novo debate público no qual se exponha os motivos para manutenção ou superação do entendimento antes adotado pelo tribunal, juntamente com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para rediscutir a tese.

É evidente o cuidado e o zelo previstos no Código de Processo Civil para que as matérias consolidadas em precedentes sobre as quais se pretenda a superação sejam amplamente discutidas.

As sugestões para superar, alterar ou modificar provimentos vinculantes estabelecidos no artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil, todavia, mencionam apenas os casos de julgamentos repetitivos ou sumulados. Isso revela mais uma vez o verdadeiro intuito do

⁹⁷ BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 2015. Artigo 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 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. § 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.

Código de diminuir a quantidade de processos dos tribunais e uniformizar suas jurisprudências.

Os efeitos dessa superação, todavia, devem ser bem observados. Fala-se também no § 3º do artigo em questão sobre a possibilidade de modulação de efeitos da decisão de superação, fundamentada no interesse social e na segurança jurídica.

É certo que para haver segurança jurídica seria praticamente impossível admitir que a eficácia obrigatória de um precedente superado retroaja no tempo e afete os casos pretéritos solucionados com fundamento em norma geral.

Sob esta ótica, pontua Daniel Mitidiero:

a superação do precedente pode acarretar a violação da confiança legítima e da igualdade de todos perante o Direito. Justamente por essa razão – e para proteção da confiança depositada no precedente e para preservação da igualdade – é possível que a superação de determinado precedente tenha eficácia apenas prospectiva (*prospective overruling*), atuando apenas com eficácia *ex nunc*. Trata-se de modulação de eficácia erigida para promoção da segurança jurídica e da igualdade, princípios de vigência inquestionável na nossa ordem constitucional.⁹⁹

Nota-se, outrossim, conforme aponta Teresa Arruda Alvim, que essas mudanças não podem, em nenhuma hipótese, ser corriqueiras e desregradas.¹⁰⁰ Essa foi a intenção do legislador ao estabelecer os requisitos básicos para que eventuais alterações acontecessem – intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas, por exemplo. É nitidamente a intenção de dar à sociedade ouvidos para, se houver necessidade real de mudanças de paradigma, seja alterado também o entendimento consolidado no provimento obrigatório.

Por sua vez, a decisão que altera a súmula ou a jurisprudência pacificada ou tese adotada em caso repetitivo deve ser ampla e inteiramente fundamentada. Todos, sem exceção, os argumentos levados à reanálise da matéria ao judiciário devem ser analisados, especificamente aqueles rechaçados e que antes argumentavam a tese consolidada.

Por fim, a parte final do § 4º do dispositivo em comento estabelece ponto importante que, mesmo eventualmente não regulamentado pelo Código de Processo Civil, deveria ser observado no caso de alteração dos provimentos obrigatórios.

É, pois, a necessidade de se observar a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Esse é o verdadeiro motivo para se manter incólume a jurisprudência dos tribunais. É também o motivo pelo qual ela pode ser alterada, desde que respeitados os critérios legais.

O jurisdicionado não pode, em qualquer hipótese, senão por mudança de paradigmas

⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** – da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 141.

¹⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1.319.

da própria sociedade e por necessidade de mudança também do sentido das decisões dos tribunais, ser surpreendido por alteração reiterada de provimentos jurisdicionais obrigatórios que garantem a previsibilidade de seus atos.

3 A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS

3.1 Considerações iniciais

Como já delimitado na teoria geral, o precedente judicial consiste em uma decisão prolatada pelo magistrado com o poder de influenciar a fundamentação de casos futuros, com eficácia persuasiva, sem modulação obrigatória temporal e quantitativa.

No âmbito do direito brasileiro, esta característica de as decisões judiciais serem consideradas precedentes está mais vinculada aos tribunais superiores. Dificilmente a sentença de um magistrado de primeiro grau terá caráter de precedente judicial por não possuir o potencial de influenciar em casos futuros.

Seguindo a graduação da própria organização do sistema jurídico brasileiro, consideramos que, em contrapartida, um acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, provavelmente será dotado da característica de precedente quando esclarecer determinado tema.

O que se deve absorver dessa ideia é que o precedente judicial no direito brasileiro tem escala hierárquica, de acordo com a própria organização estrutural do sistema jurídico. A decisão judicial prolatada pelos julgadores não pertencentes aos órgãos de superposição deverá ter força argumentativa muito grande para ser considerada precedente judicial, por sua observância não ser, em regra e salvo estipulações legais nesse sentido, uma decisão obrigatória.

Normalmente, portanto, a maior incumbência do magistrado de instâncias inferiores será aplicar além da norma jurídica estabelecida nos códigos, o precedente judicial, muitas vezes solidificado como jurisprudência, com efeito vinculativo ou meramente persuasivo, o que se irá verificar nas linhas vindouras.

O que se solidifica, prioritariamente, a partir dessas considerações em relação à aplicação do precedente no ordenamento jurídico brasileiro é sua caracterização como fonte de direito.

Sempre se elucidou a jurisprudência oriunda da concretização de um precedente judicial como fonte subsidiária do direito brasileiro, utilizada em complemento à norma jurídica estruturada.

Lenio Luiz Streck, em publicação de 1998, afirmou: “é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte

subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas”.¹⁰¹

Todavia, essa característica subsidiária da jurisprudência, principalmente do precedente judicial, em relação à norma jurídica foi afastada com o desenvolvimento da atuação do poder judiciário no Brasil. Atualmente a fonte de direito prioritária, com mais poder jurídico e força legislativa que a própria lei, são os precedentes judiciais.

Conforme se vem tentando demonstrar desde o início das explicações, o caráter puro da legislação tem sido esmagado pelas decisões judiciais reiteradas sobre temas análogos, gerando possível déficit na prestação da tutela jurisdicional.

Isso não significa que existe uma afronta à confiabilidade do jurisdicionado, mesmo porque o Código de Processo Civil de 2015 organizou-se no sentido de garantir eficácia na prestação da tutela jurisdicional através de uma doutrina, não de precedentes, mas de decisões obrigatórias.

O técnico do direito, contudo, deve observar os parâmetros constitucionais e legais para viabilizar essa atuação. É exatamente esse o objeto deste trabalho: demonstrar os meios pelos quais a vigência dos padrões de decisão de eficácia obrigatória e/ou persuasiva devem ser respeitados no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme já estudado, a sistemática do *civil law* preestabelece normas jurídicas gerais a serem seguidas na prestação da tutela jurisdicional. O precedente, ou padrão decisório, cuja *ratio decidendi* estabelece um conceito jurídico geral que pode servir como aplicação em casos futuros não erradica essa lógica do sistema.

Pois bem, desde a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, ficou evidente aos profissionais do direito que se tratava de um instrumento normativo com verdadeiro interesse em atingir resultados direcionados: diminuir o número de processos julgados nos tribunais, a efetividade do processo, a celeridade e a economia dos atos processuais.

Tanto assim que todo seu regramento – e não apenas os artigos 926 e 927 que regulamentam os provimentos obrigatórios – foi voltado para este fim. São inúmeras as técnicas de aplicação dos padrões decisórios e provimentos obrigatórios ao longo do Código.

As normas diretivas têm objetivo de otimizar melhor as decisões paradigmáticas no âmbito dos tribunais¹⁰². Mas tanto a padronização quanto a eficácia almejada vieram pelo Código pautadas em preceitos basilares dispostos no artigo 926 e § 5º do artigo 927 do Código de Processo Civil.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86.

¹⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – procedimento comum. Processos nos tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 628.

São os deveres impostos aos tribunais de manterem sua jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente. E esse dever básico de uniformização tem caráter dúplice.

Isso, pois, conforme observa Luiz Guilherme Marinoni¹⁰³, o dever de uniformização segue a dimensão vertical e horizontal. Inicialmente, é o dever de os julgadores de corte inferior respeitarem o entendimento consagrado, dando ao caso concreto exatamente o mesmo resultado solidificado. Em segundo lugar, a dimensão horizontal estabelece, para se obter essa integridade, estabilidade e coerência, que os tribunais prolatores da decisão paradigma sigam-na à risca. Apenas assim poderá haver segurança jurídica.

Com base nessa discussão, Márcio Bellocchi se posiciona:

A dimensão vertical do precedente tem a ver com a hierarquia dos tribunais, de forma que as cortes inferiores devem, obrigatoriamente, respeitar as decisões exaradas pelas superiores sobre determinada matéria, enquanto a dimensão horizontal dos precedentes consiste na necessidade de que as cortes – como forma de manutenção da coerência de seus julgados, fornecendo a mínima segurança jurídica que se espera das decisões proferidas pelo Poder Judiciário – sigam, à risca, os julgamentos anteriores por elas proferidos sobre uma mesma matéria.¹⁰⁴

Ainda, além da uniformização da jurisprudência, há o dever de manutenção da estabilidade, incapaz de revisão, a não ser quando por motivo suficientemente plausível que garanta sua superação, amplamente justificada e com modulação de efeitos.

Deve ser, além disso, coerente e íntegra, conforme observa Lenio Luiz Streck:

Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Coerência e integridade são elementos da igualdade. No caso específico da decisão judicial isso significa: os diversos casos terão a igual consideração. Analiticamente: a) Coerência liga-se à consistência lógica que um julgado de casos semelhantes guarda entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas do caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; b) Integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.¹⁰⁵

Coerência e integridade, portanto – duas vitórias – são, pois, a consistência lógica que os casos semelhantes devem guardar entre si e uma garantia à arbitrariedade interpretativa nas decisões judiciais.

De toda sorte, houve uma ânsia evidente do poder legislativo para alcançar os objetivos apontados no início deste capítulo. A celeridade do processo, a economia processual

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 43.

¹⁰⁴ BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: RT, 2017, p. 46-47.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.186.

e a diminuição de processos nos tribunais com o “desafogamento” do judiciário não podem ser fim em si mesmo. Todo novo instrumento normativo deve ser aplicado com zelo e sempre sobre a ótica da Constituição Federal.

É necessário estabelecer critérios mínimos para cada provimento obrigatório ter sua vigência atendida, sempre de maneira regrada, e para cada mecanismo de aplicação criado pelo Código de Processo Civil. O objetivo final é que a prática do direito alcance sua eficácia sempre respeitando o ordenamento jurídico. Não basta, portanto, o legislativo apenas criar mecanismos de “desafogamento”, conforme dito antes, mas negar vigência a normas constitucionais.

Um exemplo dessa situação é trazido por Georges Abboud, a respeito da instituição do *unpublished opinions*, no direito norte-americano. Na década de 1950, nos Estados Unidos, houve um substancial aumento na quantidade de processos judiciais levados às cortes de justiça. Ocorre que conforme a regra do *common law* lá instituída, era obrigatório que todas as decisões judiciais proferidas fossem levadas a público, o que era feito através de um compêndio encaminhado a todas as bibliotecas do país.¹⁰⁶

Pois bem, em razão da dificuldade de dar essa publicidade e de preservar esses compêndios, criou-se pela *Judicial Conference of the United States*, órgão responsável por regulamentar questões administrativas das cortes federais, a figura das *unpublished opinions*. Seria, pois, a reunião de textos de menor complexidade, não aptos, em tese, a formarem precedentes judiciais, eis que não havia neles, também em tese, fundamentação suficiente para a criação de uma *ratio decidendi*.

Acontece que a própria lógica do *common law* norte-americano contrariava completamente a possibilidade de a corte poder decidir e estabelecer por seus próprios critérios o que consideraria ou não um precedente.

O instituto das *unpublished opinions*, então, caiu por terra. Conforme lembra Ricardo Iamin Fernandes, “a experiência malograda dos Estados Unidos com as *unpublished opinions* demonstra que é impossível resolver problemas estruturais de um sistema com uma simples ‘canetada’ legislativa.”¹⁰⁷

É esse o erro que devemos evitar no Brasil. Não basta, para solucionar o problema estrutural do judiciário lotado de demandas, que o legislativo simplesmente crie um novo sistema de aplicação das decisões sem respeito direto a todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional.

¹⁰⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 944.

¹⁰⁷ FERNANDES, Ricardo Yamin. **Do incidente de assunção de competência**. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017, p. 44.

Assim, entendidos os efeitos que o Código de Processo Civil pretendeu que tivessem os precedentes vinculantes, mas em verdadeira atenção à Constituição Federal e ao regramento do processo civil brasileiro, analisaremos detalhadamente cada um dos casos de aplicação desses padrões.

3.2 Institutos impactados pelo precedente no transcorrer da relação processual

Como dito, a nova sistemática processual civil brasileira trouxe inegáveis modificações que garantirão maior previsibilidade às decisões judiciais e adequação da criação, aplicação e superação dos provimentos obrigatórios nos limites da segurança jurídica.

A jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente, tem o verdadeiro fim de evitar afronta ao principal sentido da segurança jurídica, isto é, a confiabilidade do cidadão na forma de agir do Estado.

Viabiliza-se, assim, a adequação da atuação das partes (em sentido amplo) no desempenho de suas funções em um processo judicial, atendendo aos preceitos e às normas da Constituição Federal.

Dessa forma é possível desaparecer a omissão dos tribunais em face dos inúmeros entendimentos divergentes verificados dentro das próprias instituições e nos órgãos fracionários, sobre uma mesma questão jurídica.

A busca de um poder judiciário equânime e fiel às normas jurídicas pré-estabelecidas foi a principal inovação do legislador ao aprovar o Código de Processo Civil vigente. Afinal, é o seu artigo 927 que apresenta os entendimentos formados a partir de procedimentos que constroem decisões obrigatórias com efeito vinculante.

Não haveria cabimento, portanto, decisões contrárias a esses padrões estabelecidos.

Nesse momento, passaremos a analisar como o Código de Processo Civil estabelece a aplicação desses padrões no curso do procedimento.

3.2.1 A generalidade do artigo 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil, acerca da eficácia vinculativa das decisões judiciais

Por disposição do artigo 489, § 1º,¹⁰⁸VI, toda decisão judicial que deixar de aplicar

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà 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

enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a distinção do caso concreto com o paradigma ou apresentar a superação do entendimento, é considerada decisão não fundamentada.

A consequência de uma decisão não fundamentada, conforme aponta a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93, IX¹⁰⁹, é a nulidade¹¹⁰ da decisão:

Artigo 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A norma do artigo 489 do Código de Processo Civil é louvável. O poder judiciário brasileiro há muito sentia os efeitos de decisões padronizadas, pouco ou nada fundamentadas, que apenas replicavam o texto de norma ou pior, estabelecia padrões amplos que valiam para qualquer processo judicial.

Mas o estabelecido no inciso VI do §1º do dispositivo em comento é muito mais forte do que se pode entender em uma análise superficial. É, pois, a solidificação do que se vem dizendo desde o início desta pesquisa. É demonstração efetiva da intenção do legislador de fazer com que padrões decisórios obrigatórios e vinculativos sejam inteiramente respeitados. A consequência disto é a inexistência da decisão.

Mas não é a todo pronunciamento judicial com força de “precedente”, enunciado de súmula ou jurisprudência que tem validade a norma em comento. Por essa razão é possível afirmar que o inciso VI, § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil é tanto genérico. Ora, se analisarmos a terminologia do dispositivo, encontramos as nomenclaturas precedente, jurisprudência e súmula.

Como vimos, existem pelo menos três efeitos que um precedente, no sentido tradicional do termo, pode causar: persuasivo, impositivo intermediário e vinculativo.

Da mesma forma, ao analisarmos o sentido de jurisprudência, constatamos tratar-se de

prestarão 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. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

¹¹⁰ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.154.

uma reunião de decisões judiciais que seguem uma mesma solução jurídica a determinada situação de fato e de direito, podendo ser consolidada por tribunais por decisões de eficácia vinculativa ou não.

Por fim, verificamos as súmulas, enunciados com normas gerais que consolidam o entendimento de determinado tribunal. Da mesma forma, podem ou não ter eficácia vinculativa, a depender do tribunal que institui cada uma delas.

Parece evidente, portanto, que essa ausência de fundamentação pretendida pelo dispositivo em questão não está vinculada a toda e qualquer súmula, jurisprudência ou precedente. Aqui estão esculpidas as decisões obrigatórias delimitadas apenas no artigo 927 do Código de Processo Civil já amplamente comentado.¹¹¹

Não poderia um jurisdicionado, por exemplo, requerer a anulação de uma sentença sob o argumento de omissão a entendimento jurisprudencial consolidado no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando seu processo tramita na jurisdição carioca, muito embora o magistrado que julgou sua demanda tenha deixado de seguir o entendimento jurisprudencial (ou até sumulado) daquele tribunal.

Portanto, a norma do artigo 489, §1º, VI deve ser lida apenas em relação aos provimentos obrigatórios, isto é, às decisões judiciais consideradas com eficácia vinculante pelo legislador.

3.2.2 A concessão de tutela de evidência fundamentada em precedente vinculante e as consequências no Recurso de Apelação

O artigo 311 do Código de Processo Civil¹¹² disciplina a tutela provisória fundamentada na evidência. Fala-se evidência, pois é a demonstração extremamente provável do direito sustentado pela parte que a invoca.

Fundamentada na evidência, a concessão da tutela provisória pretendida é atendida, independentemente da demonstração de urgência ou perigo na demora de sua prestação.

Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

¹¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348.

¹¹² BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A evidência que dá nome à técnica aqui examinada não merece ser interpretada literalmente. O correto é entendê-la como aquelas situações em que o requerente da medida tem direito mais provável que o do adversário, no sentido de que suas afirmações de direito e de fato portam maior juridicidade imediata – e aqui o traço distintivo para o direito brasileiro, diante do *caput* do artigo 311 – independentemente de urgência. Em suma, a expressão merece ser compreendida no sentido de que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é o merecedor da tutela jurisdicional, ainda que a necessidade de satisfação de seu direito ou de seu asseguramento não precise ser imediata.¹¹³

Uma das hipóteses para concessão da tutela de evidência (artigo 311, II), é no caso de as alegações de fato refletirem tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, desde que não demande ampla instrução probatória, senão a documental.

Note-se que o inciso trata apenas e tão somente de duas isoladas hipóteses de decisões obrigatórias e vinculativas estabelecidas no artigo 927 do Código de Processo Civil, quais sejam: julgamento de casos repetitivos (parcela do inciso III) e súmula vinculante (inciso II), ambos do artigo em questão.

Essa restrição tácita aos outros provimentos obrigatórios dispostos no Código de Processo Civil faz pouco – ou nenhum – sentido quando analisado o sistema processual brasileiro, desenhado em seu direito jurisprudencial.

Não haveria cabimento, por exemplo, admitir-se apenas o resultado dos repetitivos como fonte para concessão da tutela de evidência e não fazê-lo em caso de controle concentrado de constitucionalidade, cuja eficácia vinculativa decorre de seu próprio efeito *erga omnes*, nos termos da Constituição Federal de 1988.

As teses jurídicas, portanto, aplicáveis aos fatos comprovados de plano, viabilizam a concessão da tutela de evidência desde que ela seja fundada não apenas em súmula vinculante ou casos repetitivos, mas em todas aquelas decisões obrigatórias ou padrões decisórios estabelecidos no artigo 927 do Código de Processo Civil, cuja eficácia seja vinculante.

Assim, conforme proposto por Fredie Didier Junior, deve haver interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra¹¹⁴ para se entender também a possibilidade de concessão da tutela de evidência (artigo 311, II) a todos os casos em que o pedido se fundamentar em provimento ou decisão obrigatória, com eficácia vinculante, conforme aqueles previstos no artigo 927 do diploma processual.

A força do provimento obrigatório com eficácia vinculante, todavia, não afeta apenas a concessão da tutela de evidência, mas também os efeitos do Recurso de Apelação interposto contra sentença que confirma, revoga ou concede a tutela provisória.

¹¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 631.

¹¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 638.

Diversamente do ocorrido com as demais decisões judiciais, em regra, a sentença não possui eficácia imediata quando contra ela é manejado o recurso de apelação. Isso porque o recurso de apelação tem como regra geral o efeito suspensivo, excepcionado em matérias taxativamente estabelecidas na lei processual.¹¹⁵

Uma dessas hipóteses em que o efeito suspensivo é afastado e a sentença começa a produzir efeito imediato é a disposta no inciso IV, § 1º do artigo 1.012 do Código de Processo Civil¹¹⁶, vislumbrada nos casos de confirmação, revogação ou concessão da tutela provisória.

Pois bem, no gênero das tutelas provisórias, podem ser elencadas como espécies tanto as tutelas de urgência quanto as de evidência.

Conforme já estudado, o artigo 311 do Código de Processo Civil disciplina a tutela provisória fundamentada na evidência, isto é, a demonstração extremamente provável do direito sustentado pela parte que a invoca.

Analisamos também que uma das hipóteses para concessão da tutela de evidência (inciso II), é na hipótese de as alegações de fato refletirem tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Ocorre que a restrição à possibilidade de concessão apenas para fato que refletir tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmulas vinculantes não deve prosperar. A aplicação extensiva das decisões de eficácia obrigatória – tanto aquelas previstas no artigo 927 do Código de Processo Civil, quanto o recurso extraordinário não afetado pelo sistema de julgamento de casos repetitivos – também se mantém para a análise e concessão do efeito suspensivo do recurso de apelação, fundamentado na tutela de evidência.

Conforme o dispositivo que trata dos efeitos imediatos da sentença, no caso de concessão, revogação ou manutenção de tutela de evidência fundamentada em precedente judicial com eficácia obrigatória, o recurso de apelação, por força legal, em regra, não terá efeito suspensivo.

Segundo Peter Panutto, a previsão que garante os efeitos imediatos da sentença, mesmo que recorrida por apelação, quando fundamentada na tutela de evidência concedida com base em precedente sobre caso futuro “reforça o sistema de precedentes judiciais vinculantes do Novo Código de Processo Civil, o qual tem, como um de seus principais

¹¹⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.291.

¹¹⁶ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: V – confirma, concede ou revoga tutela provisória;

fundamentos, a segurança jurídica”.¹¹⁷

Esse entendimento se justifica, pois, analisado o Código de Processo Civil pelo prisma da efetividade da jurisdição, como quis o legislador desde sua formação, nada mais correto o jurisdicionado poder usufruir dos efeitos da sentença, quando ela já está sedimentada em casos pretéritos afetados pela lógica dos precedentes obrigatórios.

3.2.3 A improcedência liminar do pedido fundamentada em precedente vinculante

Inicialmente, importante salientar uma substancial modificação da disposição da improcedência liminar do pedido do Código de Processo Civil de 1973 para o atual. Isso, pois, naquele Código falava-se na improcedência liminar do pedido como matéria controvertida e como se fosse apta a fazer a coisa litigiosa independentemente da citação da parte adversa.

A correção, portanto, foi terminológica. Atualmente o Código de Processo Civil (artigo 332)¹¹⁸ aborda a improcedência liminar do pedido apenas no caso de ele contrariar algumas das decisões obrigatórias – indica-se algumas, pois nem todas realmente o são, conforme será demonstrado a seguir – previstas em seus incisos.¹¹⁹

Ainda em linhas introdutórias para tratar do dispositivo, imprescindível relacionar o entendimento de Nelson Nery Junior, que argumenta sobre sua inconstitucionalidade com base em fatos argumentos.

Ora, verifica-se afronta direta às garantias constitucionais da isonomia (artigo 5º, I)¹²⁰, da legalidade (artigo 5º, II)¹²¹, do devido processo legal (artigo 5º, LIV)¹²², do direito de ação

¹¹⁷ PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017, p. 184.

¹¹⁸ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 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. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

¹¹⁹ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 908.

¹²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

¹²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(artigo 5º, XXXV)¹²³ e do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV)¹²⁴, todos da Constituição Federal de 1988 .

Isso ocorre pelo exclusivo fato de que o autor tem direito à citação do réu que, ao apresentar sua resposta, poderá concordar com o pedido ou abrir mão de seu direito e se submeter à pretensão inicial independentemente do precedente vinculante estabelecido pelo poder judiciário ou das outras questões que poderiam dar azo à improcedência liminar do pedido.¹²⁵

Todavia, importante salientar ainda que em julgamento de agravo regimental em agravo de instrumento, o Ministro Luiz Fux, ao tratar a alegada inconstitucionalidade do artigo 285-A do Código de Processo Civil de 1973¹²⁶ – que estabelecia à época o julgamento de improcedência liminar do pedido – já havia sedimentado entendimento no sentido de que referido dispositivo não estava eivado de inconstitucionalidade por, mesmo em caso de improcedência liminar do pedido, ainda garantir a possibilidade de se firmar o contraditório e a ampla defesa quando da interposição de recurso contra a decisão. Em seu entendimento, estava incólume o devido processo legal.¹²⁷

O julgamento liminar de improcedência do pedido – especialmente conforme será visto a seguir, fundamentado na afronta de algumas decisões que se encaixam nas decisões obrigatórias do artigo 927 do Código de Processo Civil e outras que não o são – é mais uma vez a exacerbação do legislador de suprimir o problema de “afogamento” de processos no qual está mergulhado o poder judiciário.

Reflete novamente o problema tratado no início deste capítulo, ao demonstrar a intenção de se criar mecanismos alternativos para solucionar os problemas estruturais do poder judiciário, sem garantir atenção e vigência às normas constitucionais. Um exemplo claro do que havíamos criticado.

De toda maneira, esse não será o cerne de nosso estudo neste momento. Nem esse nem os parágrafos do dispositivo em questão, que tratam também da possibilidade de sentença

¹²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹²⁵ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 908.

¹²⁶ BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Artigo 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 798128/PE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20-03-2012, DOU 17-04-2012.

definitiva de improcedência liminar do pedido quando constatada prescrição ou decadência, nem dos efeitos desta decisão no sentido procedimental.

Pois bem, além da constatação da prescrição e decadência, o juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o processo, independentemente da citação do réu, quando constatar que o pedido contraria: (i) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (ii) acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos; (iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência e (iv) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Essa faculdade apenas é possível quando constatado imediatamente o cerne do litígio, independentemente da necessidade de instrução probatória. Mas, evidentemente, é impossível a prática da improcedência liminar do pedido em casos que demandem qualquer instrução probatória, além dos documentos já acostados à inicial.

Ora, seguindo a mesma lógica do estudo sobre a norma que aborda a concessão da tutela de evidência, nota-se, mais uma vez, que o legislador do Código de Processo Civil comete erros técnicos sobre o teor e o efeito que ele próprio dá aos provimentos obrigatórios de eficácia vinculante.

O artigo 332 quando comparado com o artigo 927 do Código de Processo Civil deixa de fazer sentido em alguns de seus incisos. Temos a impressão de que o legislador que editou um dispositivo literalmente não conversou com o que editou o outro.

Isso, pois, em nenhum momento o artigo 332 trata, por exemplo, do controle concentrado de constitucionalidade ou da súmula vinculante, decisões que têm eficácia obrigatória, constitucionalmente estabelecida e que minimamente deveriam constar no dispositivo.

É inconcebível pensar que seria possível um magistrado de primeiro grau julgar improcedência liminar de pedido fundado em contrariedade de entendimento sumulado por tribunal de justiça sobre direito local e não fazê-lo quando há pedido absolutamente contrário a entendimento firmado em controle concentrado de constitucionalidade.

E já adentrando ao tema do enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local disposto no inciso IV do dispositivo em questão, novamente parece haver sério equívoco. Isso, pois o artigo 927 do Código de Processo Civil apenas estabelece o dever de observação dos magistrados vinculados a determinada jurisdição aos entendimentos que seguem orientação do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem vinculados.

Assim, enunciado e súmula nesse caso devem ser lidos como sinônimos para se garantir vigência, nos termos do artigo 927, ao inciso IV do artigo 332 do Código de Processo

Civil.

Outro ponto importante é que as súmulas referidas nesse dispositivo dizem respeito apenas a litígios relativos a direito local. Pela norma disposta no inciso IV do artigo 332 do Código de Processo Civil se deveria entender, portanto, que a improcedência liminar do pedido fundamentada especificamente em súmula de tribunal de justiça, apenas teria cabimento quando a questão sumulada tratasse somente sobre lei local.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior observa: “neste caso, a restrição diz respeito à súmula que trate de lei local; de forma alguma outros tipos de demandas sumuladas por tribunal de justiça poderiam ser tidas como improcedentes liminarmente, já que poderiam ser submetidas à revisão”.¹²⁸

Essa revisão seria a consolidação de um eventual entendimento diverso em julgamento da matéria nos tribunais superiores.

Mas a aplicação nesse caso deve ser ampliada porque apenas se lê tribunal de justiça e não simplesmente tribunal a que estiver vinculado, conforme disposto no artigo que fixa as decisões obrigatórias. Evidente a abrangência também aos tribunais federais, nos exatos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, desde que considerada a eficácia vinculante de todos os incisos daquele dispositivo.

Não faria sentido algum se entender de maneira diversa. Não haveria isonomia nem segurança jurídica ao jurisdicionado nesse sentido.

Dessa forma, assim como estabelecido no tópico anterior, quando tratamos dos requisitos para concessão da tutela de evidência, também para o julgamento liminar de improcedência do pedido, devemos recepcionar a abrangência do artigo 927 do Código de Processo Civil e entender que para este instituto ter vigência, numa análise sistemática do diploma processual, todas aquelas decisões entendidas como provimentos obrigatórios devem ser suficientes para fundamentação do magistrado quando do julgamento de improcedência liminar.

É esse o sentido do Código de Processo Civil e essa a intenção aparente do legislador. Todavia, mais uma vez lembramos sobre os riscos de se buscar alcançar o “desafogamento” do poder judiciário mitigando garantias constitucionais. Analisando, portanto, o próprio instituto da improcedência liminar do pedido, haveria argumentação suficiente para entendê-lo inconstitucional.

¹²⁸ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 911.

3.2.4 A inaplicabilidade do reexame necessário em casos de afronta aos precedentes vinculantes

Por teor da previsão do artigo 496 do Código de Processo Civil¹²⁹, sentenças proferidas contra a União, Estado, Distrito Federal e Município e respectivas autarquias e fundações de direito público apenas produzirão seus efeitos após a realização do reexame necessário, através da confirmação do tribunal. Trata-se, pois, de condição imperativa de geração dos efeitos da sentença proferida conforme o dispositivo mencionado.^{130 131}

Em regra, todavia, o conceito legal, de acordo com parcela da doutrina¹³², deve ser entendido não como a impossibilidade de gerar efeitos, quando pendente de reexame necessário, mas principalmente na impossibilidade de a decisão formar coisa julgada.

Exemplo disso é o disposto no artigo 14 da Lei n. 12.016/2009¹³³, que regulamenta o instituto do mandado de segurança individual e coletivo, ao estabelecer em seus §§ 3º e 4º a possibilidade de cumprimento provisório de sentença que denega ou concede a segurança do remédio, ainda que sujeita ao reexame necessário.¹³⁴

Não se deveria, portanto, falar exclusivamente em impossibilidade de produzir efeitos, mas tão somente em impossibilidade de se fazer coisa julgada sem realizar o reexame necessário.

Por meio do reexame necessário, a decisão prolatada em primeiro grau deve ser, conforme o artigo 496 do Código de Processo Civil, sem confirmação pelo tribunal –

¹²⁹ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I – 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I – súmula de tribunal superior; 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 – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

¹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – procedimento comum. Processos nos tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 414.

¹³¹ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.174.

¹³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.445.

¹³³ BRASIL. Lei n. 12.016/2009, de 07 de agosto de 2009. Artigo 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. § 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição. § 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer. § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar. § 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

¹³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.446.

confirmação essa que se dá a partir da remessa necessária.

A remessa necessária, que não possui natureza recursal¹³⁵, deve ser feita pelo juiz, caso contra ela não seja interposta apelação. Ainda que o juiz não faça a remessa, o tribunal, através de sua presidência, tem o dever de avocar o processo para reexaminar a matéria.

Ocorre que em algumas hipóteses essa norma não é obrigatória. São os casos, primeiramente, relativos ao valor envolvido na demanda, todos esses previstos no § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil, relativos a questões meramente econômicas.

Há também a possibilidade de não se realizar a remessa necessária nos casos de prolação de sentença em primeiro grau de jurisdição, consonante com norma geral firmada em provimento obrigatório dos tribunais, nos termos do § 4º do artigo 496. Dentre as hipóteses estão: (i) súmula de tribunal superior; (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 e (iv) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Antes de tratarmos especificamente dos provimentos obrigatórios do artigo 927 do Código de Processo Civil, imperioso destacar a inovação trazida pelo diploma neste instituto, ao possibilitar a não realização da remessa necessária quando houver orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Sobre esse assunto, uma exceção deve ser observada, diferente de tudo que já se havia tratado.

É evidente que esse tipo de orientação vinculante firmada no âmbito do direito administrativo não está relacionada a nenhuma decisão que estabelece provimento obrigatório nos termos do Código de Processo Civil.

Todavia, para os efeitos da remessa necessária, faz todo sentido, conforme ensina parcela substancial da doutrina, que ela não seja realizada quando o entendimento do juiz de primeiro grau estiver em consonância com o entendimento da esfera administrativa.

Ora, admitir o contrário seria sujeitar a máquina judiciária a apreciar litígio sem litígio. Se o próprio ente administrativo avalia que o entendimento do magistrado está correto e não o faz apenas por motivação particular, mas por um entendimento (ou orientação) geral e vinculante no âmbito administrativo, não faria nenhum sentido admitir que mesmo nesses casos a remessa necessária deveria ser realizada.

¹³⁵ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 852.

É uma exceção evidente a todo o sistema de aplicação do direito jurisprudencial brasileiro e de seus precedentes vinculantes, que na verdade busca garantir a efetividade do processo.

No que concerne às outras decisões de eficácia obrigatória, diretamente vinculadas ao sistema de direito jurisprudencial instituído pelo Código de Processo Civil, verificamos que os três incisos do § 4º do artigo 496 estão dispostos também no artigo 927 do mesmo diploma.

Pelo inciso I, onde se lê súmula de tribunal superior, deve-se fazer a análise sistemática do Código. A interpretação da disposição deve abarcar não só as súmulas dos tribunais, mas também o instituto da súmula vinculante.

A crítica relativa à ausência de previsão específica no Código de Processo Civil sobre todas as decisões de eficácia vinculante também se mantém no tema da remessa necessária. Verifica-se a ausência de determinação para impossibilitar a remessa necessária no caso de controle concentrado de constitucionalidade que já tenha julgado a matéria. Sua eficácia obrigatória, *erga omnes*, decorre da Constituição e por boa técnica legislativa também deveria estar prevista no dispositivo.

Outrossim, o Código de Processo Civil novamente buscou garantir efeito obrigatório a todas as decisões estabelecidas pelo artigo 927. Mesmo que algumas não possuam confirmação constitucional, o que será tratado adiante, toda a sistemática processual deixa evidente a intenção do legislador nesse sentido.

Por essa razão, ao que parece – a partir de uma análise extensiva aos próprios institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência que podem ser prolatados por tribunais de segundo grau –, seria forçoso reconhecer a possibilidade de também se aplicar as orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais a que estiverem vinculados para não sujeitar determinado processo à remessa necessária, quando o entendimento já estiver consolidado por aquele tribunal.

Admitir o contrário seria contraditório. Portanto, é mais uma vez necessária a análise sistemática do Código para possível aplicação de suas disposições acerca das questões relativas ao direito jurisprudencial.

3.2.5 Embargos de declaração contra decisão que deixa de aplicar precedentes vinculantes

Sabe-se que os embargos de declaração servem para aclarar decisões judiciais omissas, obscuras, contraditórias ou, conforme inovou o Código de Processo Civil de 2015, constituídas com erro material.

A omissão é constatada quando a decisão judicial deixa de tratar qualquer argumento de fato ou de direito que poderia infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Nesse sentido, sublinha Arruda Alvim:

Há omissão quando o órgão julgador deixa de se manifestar quanto a quaisquer questões de fato ou de direito capazes de, em tese, influir na decisão, sejam elas suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício. Nesse caso, os embargos de declaração terão por objetivo a integração do *decisum*.¹³⁶

Conforme esclarecido, segundo o artigo 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil, toda decisão judicial que deixar de aplicar precedente invocado pela parte – nesse caso entendidas todas aquelas decisões de eficácia obrigatória –, sem demonstrar a distinção do caso concreto com o paradigma ou apresentar a superação do entendimento, é considerada decisão não fundamentada. Assim, qualquer decisão equivocada em sua fundamentação, conforme o Código de Processo Civil, é passível de aclaramento por instrumento recursal.

Segundo o artigo 1.022 do Código de Processo Civil, parágrafo único, é omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorrer em qualquer das condutas descritas no artigo 489, § 1º.

Dessa forma, sob a ótica do direito jurisprudencial, é omissa toda decisão que (i) não se manifeste sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos; (ii) não se manifeste sobre tese firmada no julgamento de incidente de assunção de competência; (iii) deixar de seguir enunciado de súmula; (iv) deixar de seguir jurisprudência e (v) deixar de seguir precedente invocado pela parte.

Conforme delineamos, não é todo pronunciamento judicial que possui força de “precedente”. A jurisprudência em nenhum momento é estabelecida como decisão que possui eficácia obrigatória com base no sistema processual.

Não existe qualquer previsão legal no processo civil firmando que um compêndio de entendimentos acerca de determinada matéria, que não tenha sido afetado pelos recursos repetitivos ou pelo incidente de resolução de demandas repetitivas tenha eficácia obrigatória em relação aos casos futuros. Por essa razão, o inciso VI, § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil é um tanto genérico.

Assim, essa ausência de fundamentação pretendida pelo artigo 489, que reflete diretamente na possibilidade de interposição de embargos de declaração por reconhecimento

¹³⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.350.

de omissão não está vinculada a toda e qualquer súmula, jurisprudência ou precedente. Aqui estão esculpadas as decisões obrigatórias delimitadas apenas no artigo 927 do Código de Processo Civil, além do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.¹³⁷

Assim, seguindo a mesma linha de raciocínio, há cabimento para interposição dos embargos de declaração sob a via da omissão quando constatada negativa de vigência ou erro de distinção de casos quando a fundamentação carecer de reconhecimento da existência de qualquer decisão de natureza vinculante que deveria ser aplicada no caso futuro.

3.2.6 A prestação monocrática da tutela recursal e o julgamento monocrático de conflito de competência pelo relator em atenção aos precedentes vinculantes

A previsão do artigo 932¹³⁸, principalmente em seus incisos IV e V do Código de Processo Civil está completamente alinhada com o sistema de direito jurisprudencial criado pelo diploma processual e a força de suas decisões obrigatórias.

Mais uma vez, em efetividade à prestação da tutela jurisdicional e economia processual, vislumbramos os provimentos obrigatórios ou precedentes vinculantes. Nessa hipótese, seu objetivo é sensivelmente reduzir a colegialidade das decisões do tribunal, visando garantir eficácia aos posicionamentos já firmados no sentido do caso concreto.

Abre-se, então, a hipótese de o relator negar provimento a recurso contrário a provimento obrigatório ou dar provimento – depois de apresentadas as contrarrazões – caso a tese de primeiro grau esteja de acordo também com o provimento obrigatório.

Outrossim, além da hipótese prevista no artigo 932 que enseja o julgamento de recurso monocraticamente pelo relator em atenção ao direito jurisprudencial, também é prevista hipótese para julgamento monocrático de conflito de competência, quando dentro do conflito a decisão do relator estiver em consonância com decisão obrigatória.

É o que dispõe o parágrafo único do artigo 955¹³⁹ do Código de Processo Civil, que

¹³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348.

¹³⁸ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 932. Incumbe ao relator: IV – negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

¹³⁹ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: I – súmula do Supremo Tribunal

permite o julgamento monocrático do conflito de competência, quando sua decisão estiver em consonância com súmula do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal a que estiver vinculado, além das teses firmadas em casos repetitivos e incidente de assunção de competência.

Todavia, novamente – e isso parece constante – o legislador escolheu apenas alguns dos provimentos obrigatórios os quais dispõem ao longo do diploma processual.

Há confusão constante dos institutos dos enunciados de súmulas dos tribunais com suas orientações de plenário e órgão especial.

Além disso, o controle concentrado e a súmula vinculante, os únicos com eficácia obrigatória constitucional, faltam no dispositivo.

Propõe-se, portanto, uma análise sistemática do Código para estabelecer todas as decisões de eficácia obrigatória entendidas pelo Código de Processo Civil como ensejadoras do julgamento monocrático, seja para dar ou negar provimento a recurso, seja para julgar conflito de competência.

3.2.7 O julgamento imediato do mérito de causa madura pelo Tribunal, quando a sentença afronta precedente judicial

Ponto que merece atenção no que concerne às técnicas de aplicação dos precedentes judiciais vinculantes pela lógica do Código de Processo Civil atual, é a questão relativa ao julgamento de causa madura pelo tribunal de segundo grau.

Inicialmente sobre esse aspecto é preciso enfrentar sucintamente o entendimento do efeito devolutivo estabelecido no artigo 1.013 do Código de Processo Civil¹⁴⁰ e a técnica de julgamento imediato das causas maduras pelo tribunal.

Em situações excepcionais, o tribunal pode examinar as matérias do processo que não tenham sido ventiladas pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, permitindo-se que o órgão recursal, pela primeira vez, decida o mérito de determinada matéria do processo sem que ela

Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; II – tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

¹⁴⁰ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no art. 485 ; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. § 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

tenha sido objeto de fundamentação da sentença.

Como ensina Arruda Alvim, “o órgão recursal realiza um julgamento de mérito *per saltum*, com supressão do primeiro grau de jurisdição”.¹⁴¹

Normalmente essa técnica de julgamento, que já encontrava previsão e aplicação desde o Código de Processo Civil de 1973, é aplicada em casos de julgamento por sentença terminativa.

Nessas situações o tribunal se deparava com duas situações.

Na primeira delas, quando um recurso de apelação contra sentença terminativa era provido, mas a causa dependia de maior instrução probatória para seu correto julgamento. Nessa situação, no caso de provimento da apelação, o órgão julgador deve reconhecer o *error in procedendo* do juízo de primeiro grau, declarando a nulidade da sentença e baixa do processo para realização da instrução processual e prolação de novo julgamento.

Na segunda hipótese, encontramos a aplicação do disposto no artigo 1.013 do Código de Processo Civil. É o caso de utilização da técnica de julgamento antecipado do mérito em segundo grau de jurisdição.¹⁴²

Nesse caso, não há limitação à utilização do juízo de cassação da sentença de primeiro grau, mas, caso o processo esteja apto para julgamento e desde que presentes todos os requisitos para resolução do mérito, o tribunal deve julgar imediatamente o mérito da causa.

Todavia, a hipótese de julgamento imediato do mérito não se limita apenas aos casos de prolação de sentença terminativa. Além dela, há também a possibilidade de julgamento do mérito pelo tribunal, quando (i) decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; (ii) constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo ou (iii) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Para os objetivos deste trabalho a hipótese que trabalharemos será a de decretação de nulidade de sentença por falta de fundamentação, disposta no artigo 1.013, § 3º, inciso IV do Código de Processo Civil.

O inciso IV do § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil traz uma inovação legislativa quando comparado com a lógica do código anterior. Isso, pois, se na vigência do Código de Processo Civil de 1973 houvesse falha na fundamentação do juízo na sentença, a técnica de julgamento convencional aplicada pelo tribunal seria a anulação da decisão e

¹⁴¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.283.

¹⁴² ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.283.

retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para nova apreciação.

Importante salientar que se fala em técnica de julgamento convencional, pois o STJ já vinha admitindo a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura também em casos de falta de fundamentação, como lembra Arruda Alvim ao citar o Recurso Especial n. 1.215.368/ES, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 01.06.2016. Neste sentido:

Antes do advento do CPC/2015, à falta de disposição específica do CPC/1973 nesse sentido, a questão seria, em princípio, solucionada pela mera decretação de nulidade da sentença, com o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para prolação de nova decisão, desta vez fundamentada. Poder-se-ia, contudo, invocar a disposição mais ampla do revogado § 4º do art. 515 do CPC/1972 para resolver a questão e, com isso, permitir ao tribunal que sanasse o vício. A solução já havia sido aventada e admitida pelo STJ, que entendeu aplicável a teoria da causa madura para suprir vício de fundamentação da decisão recorrida.¹⁴³

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, todavia, essa regra se consolida como a correta técnica de solução de casos onde há causa madura e sentença com falta de fundamentação, possibilitando-se, assim, o julgamento imediato do processo pelo tribunal.

Pois bem, ao analisarmos anteriormente a norma insculpida no artigo 489, §1º, inciso VI do Código de Processo Civil, verificamos que uma decisão seria considerada como carente de fundamentação e, portanto, passível de anulação, quando deixasse de aplicar ou aplicasse incorretamente as decisões judiciais consideradas com eficácia vinculante pelo legislador, isto é, os precedentes vinculantes.

Entendendo-se, portanto, que também é considerada sentença sem fundamentação aquela que deixa de seguir o precedente vinculante do processo civil brasileiro, pode-se concluir que a regra de julgamento de causa madura se aplica também nesse tipo de situação.

Mais uma vez se revela a força do sistema de decisões obrigatórias e precedentes vinculantes criado pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme analisado no tópico específico, foi concluído que a sentença apenas pode ser considerada carente de fundamentação, sob a ótica do respeito ao precedente vinculante, quando desrespeitar especificamente as decisões de eficácia obrigatória dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil, bem como aquela que concluímos que possui o mesmo efeito, quando prolatadas em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, independentemente de sua afetação pelo sistema de julgamento de casos repetitivos.

Assim, para que a técnica de julgamento imediato de causa madura seja aplicada pelo

¹⁴³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.289.

tribunal, com fundamento no inciso IV do § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, é necessário que tenha havido um desrespeito pelo juízo de primeiro grau, à precedente vinculante, seja na aplicação incorreta ou na descon sideração do entendimento consolidado que gerou a decisão obrigatória.

Nesse tipo de situação, portanto, se verifica o cabimento da aplicação do julgamento imediato pelo tribunal, descon siderando-se a sentença de primeiro grau e prolatando nova decisão, de acordo com o precedente vinculante que a fundamenta.

Ainda sobre o tema, todavia, uma questão que merece atenção é a possibilidade de julgamento de ofício pelo tribunal, neste sentido.

O entendimento majoritário extraído da doutrina de Arruda Alvim¹⁴⁴ e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁴⁵, é no sentido de que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece um dever e não uma possibilidade de o tribunal julgar a causa madura, nos casos estabelecidos nos incisos do § 3º de seu artigo 1.013.

Assim, em casos de afronta a precedente vinculante quando da prolação de sentença de primeiro grau, é obrigação do tribunal, independentemente de requerimento das partes, julgar imediatamente o mérito do processo – quando a causa comportar esse julgamento – aplicando a ela o entendimento consolidado no precedente.

É importante salientar que ainda existe entendimento contrário à possibilidade de aplicação, de ofício, da técnica de julgamento imediato, pelo tribunal, da causa madura. Neste sentido, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha:

O objetivo do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser igual ou menos extenso comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca mais extenso. Nesse sentido, sendo, por exemplo, sentida requerida pelo recorrente apenas a reforma parcial do julgado, o tribunal não poderá conceder-lhe a reforma total, ainda que lhe pareça ser a melhor solução. Isso porque, ao deduzir seu pedido de nova decisão, o recorrente fixou a extensão do efeito devolutivo, postulando ao tribunal o que foi exatamente requerido ou menos do que isso. Não poderá conceder-lhe mais do que foi pedido.¹⁴⁶

Independentemente do entendimento diverso, tendo em vista o objetivo de toda a sistemática processual de otimizar o julgamento dos processos, garantindo a celeridade e economia processual, além da força dada a esse sistema de precedentes, o que se entende é que a melhor doutrina é no sentido de se estabelecer o julgamento imediato como obrigatório

¹⁴⁴ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.289.

¹⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.553.

¹⁴⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 178.

e não facultativo pelo tribunal, independentemente da vontade das partes.

Um último ponto que também merece atenção, muito mais como uma crítica ao próprio sistema, é a forma paradoxal que se estabeleceu essa obrigatoriedade de julgamento das causas maduras pelo tribunal.

Ora, o que se percebe é que, como verificamos anteriormente, o Código de Processo Civil determina, em seu artigo 927, a obrigação de o juiz observar todas as decisões consideradas como decisões obrigatórias ou precedentes vinculantes.

Acontece que, ao determinar a aplicação da técnica de julgamento imediato pelo tribunal de causa que afronte o precedente vinculante, o Código de Processo Civil não demonstra uma postura instrutiva. Muito pelo contrário, o juiz que eventualmente não seguir o entendimento do precedente ou aplica-lo de maneira incorreta, terá sua sentença imediatamente reformada.

Para que houvesse um maior grau de instrução e correção de técnicas de julgamento, seguindo exatamente o que pretendeu o novo sistema processual, parece que uma melhor solução seria a anulação da sentença e retorno dos autos para prolação de novo julgamento, desta vez seguindo corretamente o que prescreve o precedente judicial vinculante.

De toda sorte, o que se conclui neste tópico é que ao tribunal é estabelecida a obrigação de imediatamente julgar todo e qualquer recurso de apelação interposto contra sentença que deixar de seguir ou aplicar incorretamente um precedente vinculante.

3.2.8 Dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença (artigo 521, IV, do Código de Processo Civil)

Para garantir a satisfação do direito perseguido por exequente, no trâmite do cumprimento de sentença, é necessária, em regra, a prestação de caução. É, pois, o que dispõe o artigo 520, IV, do Código de Processo Civil.¹⁴⁷

O artigo dispõe especificamente que a prestação dessa caução é necessária para levantar o depósito; portanto, para a efetiva satisfação do direito do credor. Não é necessária a caução para instaurar-se procedimento de cumprimento provisório de sentença nem mesmo para realizar atos de expropriação patrimonial.

E essa necessidade de prestação de caução existe para garantir que, havendo eventual

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

modificação na solução jurídica dada ao litígio *sub judice*, que os prejuízos do devedor sejam reduzidos se conseguir reverter a tutela jurisdicional prestada.

Como se sabe, o cumprimento provisório de sentença é instituto cabível no caso de instauração prematura da fase de cumprimento/execução do julgado, mas quando ainda há pendência de julgamento de recurso sem efeito suspensivo.

Como o próprio *caput* do dispositivo em questão regulamenta, o cumprimento provisório de sentença em nada se diferencia do cumprimento definitivo de sentença, senão por duas circunstâncias: (i) a responsabilidade objetiva do credor/exequente por eventuais danos causados ao devedor/executado no caso de reversão da tutela jurisdicional prestada e (ii) na necessidade de prestação da caução, nos termos acima estabelecidos, exclusivamente para a satisfação efetiva do crédito.¹⁴⁸

Verifica-se, portanto, que a caução prestada pelo exequente é imprescindível para a segurança do jurisdicionado, uma vez que a decisão ainda não produz os efeitos da coisa julgada, razão pela qual pode ser inteiramente modificada na fase recursal.

Ocorre que o Código de Processo Civil, em seu artigo 521, mais uma vez dando a força que pretendeu criar ao seu novo sistema de direito jurisprudencial, estabelece que a caução prevista no artigo 520, IV, poderá ser dispensada nos casos em que, dentre outros, “a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos”.¹⁴⁹

Mais uma vez, foi demonstrada a força pretendida pelo legislador ao sistema de decisões obrigatórias. A dispensa da caução no cumprimento provisório da decisão prolatada em conformidade com a tese jurídica firmada no julgamento de casos repetitivos ou súmulas dos tribunais superiores revela, portanto, a força vinculativa que o Código de Processo Civil pretendeu dar aos seus provimentos obrigatórios.

Todavia, mais uma vez, o Código estabelece uma coisa em uma parte e outra totalmente diferente ou vazia em outro momento. Não há uma comunicação entre os dispositivos, mas preceitos “jogados” em cada capítulo do diploma processual.

Ora, se a caução é dispensada no caso de cumprimento provisório de decisão fundamentada em tese jurídica firmada em casos repetitivos, nesses casos podemos

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 457.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 521. A caução prevista no inciso IV do artigo 520 poderá ser dispensada nos casos em que: I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem; II – o credor demonstrar situação de necessidade; III – pender o agravo do artigo 1.042; IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

vislumbrar a existência do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Pois bem, na maioria dos casos em que há recurso pendente de julgamento sem efeito suspensivo, salvo exceções à regra geral, ele tramitará nos tribunais superiores.

Assim, se determinada matéria for julgada em incidente de resolução de demandas repetitivas, claramente será um caso que tem sérias chances de ser submetido também a julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, se a divergência não for apenas regional mas também nacional.

Desta forma, percebe-se que é a admissão da dispensa da caução fundamentada em tese firmada na esfera regional que, todavia, sofre possíveis riscos de ser alterada completamente na esfera nacional.

Mas esse não é o pior. Certamente não faz nenhum sentido se admitir a dispensa de caução nesses casos e não fazê-lo no caso de tese – que dá azo ao cumprimento provisório de sentença – firmada em súmula vinculante ou controle concentrado de constitucionalidade, ou em incidente de assunção de competência.

A cada dispositivo analisado, fica mais evidente que o Código de Processo Civil se parece mais com uma “colcha de retalhos” completamente remendada.

Sugere-se, portanto, também para este caso, uma análise sistemática de seus dispositivos. Se o artigo 927 do Código de Processo Civil estabelece os provimentos obrigatórios, deve-se observar na aplicação prática de cada um deles, que todos os que prescrevem eficácia vinculativa devem servir como fundamento para garantir essa clarividência do direito, gerando, portanto, a previsibilidade do jurisdicionado.

3.2.9 A impugnação como mecanismo de controle de precedente do Supremo Tribunal Federal – a coisa julgada inconstitucional

A coisa julgada material retira a possibilidade de discussão e impugnação da sentença de mérito definitiva na relação jurídica em que se formou, tornando imutável e obrigatório o comando oriundo do disposto da *decisum litis*. Da mesma forma, impede a propositura de demanda posterior objetivando a rediscussão entre as mesmas partes da questão de mérito acobertada pela *res iudicata* material.

Conforme o entendimento de Anselmo Prieto Alvarez e Augusto Jorge Cury,

a coisa julgada, em seu sentido rigidamente técnico, faz referência ao bem jurídico que, uma vez sendo objeto de litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário mediante a ação judicial, restou, por decisão desse, concedido ou recusado ao

demandante¹⁵⁰.

Todavia, em casos específicos existe a ação rescisória apta a rescindir o *decisum* protegido pela coisa julgada material. Neste caso, estar-se-ia falando na utilização de uma demanda impugnativa que instaura uma nova relação jurídico-processual objetivando cindir julgado eivado de vício latente.

Trata-se, como se vê, de exceção legalmente instituída, com respaldo constitucional, a fim de preservar justamente o ordenamento jurídico e a credibilidade das instituições, na medida em que a permanência de sentença flagrantemente ilegítima e viciada ocasiona danos em todo o Estado de Direito. Esse o motivo pela qual a ação rescisória exerce verdadeiro “controle sobre os vícios de que padece a sentença, não ofendendo a norma constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal”¹⁵¹.

Assim, em benefício de outros valores constitucionais consagrados no ordenamento jurídico, existe a possibilidade constitucional e regulada pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 966¹⁵², de se rever a coisa julgada mediante o uso da ação rescisória.

Entretanto, como é de se esperar de uma demanda com aptidão de mitigar a força da *res iudicata*, a ação rescisória encontra limitações que restringem seu uso a determinadas hipóteses específicas previstas na legislação (*numerus clausus*), sempre devendo obediência ao prazo decadencial de 2 anos estabelecidos para seu ajuizamento¹⁵³. Havendo o decurso do referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, não mais passível

¹⁵⁰ ALVAREZ, Anselmo Prieto; CURY, Augusto Jorge. A coisa julgada e a questão declaratória incidental, como prejudicial relativa ao mérito. In: **Direito público contemporâneo**. Direção científica de Sidney Guerra (coord.); Tarin Cristino Frota Mont'Alverne; Henrique Ribeiro Cardoso (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 119.

¹⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 226.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar manifestamente norma jurídica; VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I – nova propositura da demanda; ou II – admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

¹⁵³ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

de modificação por qualquer tipo de demanda impugnativa.

Assim, por mais flagrante que seja o vício a atingir a questão de mérito acobertada pela coisa julgada material, esta deve permanecer caso não seja proposta a ação rescisória dentro da fluência do prazo legal estabelecido em lei.

Nesse sentido, relevantes as anotações de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

A coisa julgada é material ou formal: concerne a outra ação cuja sentença transitara em julgado e não mais poderia qualquer juiz decidir sobre o mesmo assunto. O juiz não mais pode julgar o que foi julgado, quer para dar a mesma solução, quer para dar outra. O que, noutro processo, se pode dizer é que a questão já fora julgada por outro processo [...] Seria fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo.¹⁵⁴

Essa vinculação do manejo da ação rescisória apenas durante certo período tem fundamento na segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito, visto que, muito mais prejudicial que uma eventual decisão ilegal e “injusta”, seria a incerteza permanente pendente sobre toda e qualquer decisão judicial definitiva, razão pela qual é necessária a obediência ao prazo decadencial para propositura da ação.

Para Luiz Guilherme Marinoni, mesmo diante de casos extremos, como a investigação de paternidade e o direito de filiação, por exemplo, necessário observar o prazo de rescisão:

o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição. [...] O que se deseja evidenciar é que a eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações.¹⁵⁵

Outra hipótese para se relativizar, em tese, a coisa julgada, não haveria. Tamanha formalidade para cindir a coisa julgada material é justificável em razão de tal instituto gozar da condição de atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito.

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, ao estabelecer as hipóteses de impugnação ao cumprimento de sentença, dispõe no § 12º de seu artigo 525¹⁵⁶, prescreve a

¹⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 241.

¹⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 22, jan. 2005, p. 17-18.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 525. Transcorrido o prazo previsto no artigo 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: III – inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

inexigibilidade de título executivo judicial fundamentado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo considerado pela corte incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso de constitucionalidade.

Uma análise superficial do dispositivo permite afirmar que o Código de Processo Civil mais uma vez pretendeu dar vigência ao sistema do direito jurisprudencial e das decisões obrigatórias para repudiar do ordenamento jurídico eventual sentença prolatada com fundamento em ato normativo inconstitucional.

Esse seria o entendimento sobre a malfadada coisa julgada inconstitucional, já amplamente discutida pela doutrina bem antes da vigência do Código de Processo Civil.

Os adeptos desta corrente sustentam que a sentença judicial acobertada pela coisa julgada material, quando flagrantemente ilegal, inconstitucional ou “injusta”, pode ser relativizada ou desconsiderada de acordo com o caso concreto. Isto é, não é necessário respeitar o prazo decadencial para o ajuizamento de eventual ação rescisória ou a obediência estrita às hipóteses legais previstas em lei, além de, em alguns casos e conforme defendido por considerável parcela da doutrina, ser até mesmo prescindível o uso desta demanda específica.

Ao comentar o tema, José Carlos Barbosa Moreira observou que nos últimos tempos vem ganhando espaço tanto na doutrina quanto na jurisprudência a proposta do que se tem denominado de relativização da coisa julgada material. Segundo o autor, por natureza, a coisa julgada material já goza de certa relatividade, na medida em que pode ser objeto de ação rescisória na seara cível, ou de revisão criminal em âmbito penal. Portanto, avalia, em verdade, o que os defensores desta corrente objetivam é a extensão e a ampliação dos limites da relativização.¹⁵⁷

Com efeito, a relativização da coisa julgada material fundamenta-se, em princípio, na teoria de que uma sentença flagrantemente ilegal nada mais é que uma decisão “injusta”, portanto, não condizente com princípios constitucionais basilares, razão pela qual a autoridade da coisa julgada, nestas condições, deve ser flexibilizada ou até desconsiderada, a fim de ser buscada uma solução “justa” para a lide submetida à apreciação do poder judiciário.

A discussão doutrinária sobre o assunto é intensa. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery são contundentes ao afirmarem que não é possível discutir o conteúdo intrínseco da sentença acobertada pela coisa julgada material, salvo em recurso ou ação

¹⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 22, jan. 2005, p. 1.

autônoma de impugnação:

A doutrina já discutiu à exaustão a questão de validade e eficácia da sentença de mérito transitada em julgado em face de seu conteúdo intrínseco, se justo ou injusto, se constitucional ou legal, se inconstitucional ou ilegal. Os constitucionalistas, processualistas e civilistas debateram a matéria e, depois de o questionamento evoluir durante mais de século, a conclusão a que se chegou – e hoje se encontra praticamente estratificada na doutrina mundial, isto é, não mais suscetível de discussão – é a de que a coisa julgada material tem força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença. Eventuais vícios de validade e de eficácia devem ser discutidos em recurso ou, posteriormente, em ação autônoma de impugnação.¹⁵⁸

Anselmo Prieto Alvarez estabelece a figura da impugnação apresentada pelo Código de Processo Civil no artigo 525, parágrafo 12º, como um mecanismo atípico de controle da coisa julgada:

Além dos instrumentos típicos de controle já vistos, cabe realçar que o próprio ordenamento jurídico processual, a doutrina e a jurisprudência pátrias concebem outros mecanismos, considerados como atípicos de controle da coisa julgada. Atípicos, pois, em verdade, não são instrumentos que, em sua origem, foram concebidos para tal mister, mas acabam se tornando eficazes para o controle aventado. É importante salientar que, na seara agora trilhada, há forte debate doutrinário e jurisprudencial sobre os caminhos para, de forma atípica, a coisa julgada ser controlada, bem como os contornos a serem delineados para cada via. Assim, apresentam-se como mecanismos atípicos de controle da coisa julgada no sistema jurídico pátrio: *a impugnação ao cumprimento de sentença; *a ação declaratória de nulidade da coisa julgada.¹⁵⁹

A figura da impugnação se assemelha, portanto, à figura do outro meio atípico de controle da coisa julgada inconstitucional que é a ação declaratória de nulidade da coisa julgada, ou *querela nullitatis insanabilis*. Ainda de acordo com a doutrina de Anselmo Prieto Alvarez, essa demanda declaratória de nulidade tem o “intuito de desconstituir a coisa julgada referente à sentença contaminada por vícios graves relacionados aos pressupostos processuais, assim denominados de vícios transrescisórios”.¹⁶⁰

A prolação de sentença fundamentada em lei ou ato normativo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade como inconstitucional ou incompatível com a constituição, é considerada como um vício insanável do processo, por essa razão, comportando a impugnação ou propositura da demanda declaratória de nulidade da decisão.

¹⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 715.

¹⁵⁹ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Mecanismos atípicos de controle da coisa julgada no novo código de processo civil. *In*: **PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atiaçozação em Direto: Ciclo 3** / organização Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil; organizador: Cássio Scarpinella Bueno - Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017, p. 39

¹⁶⁰ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Mecanismos atípicos de controle da coisa julgada no novo código de processo civil. *In*: **PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atiaçozação em Direto: Ciclo 3** / organização Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil; organizador: Cássio Scarpinella Bueno - Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017, p. 39

É, pois, o que prescreveu o Código de Processo Civil no parágrafo 12º de seu artigo 525.

Em confirmação a este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ADI n. 2.418/DF¹⁶¹ quanto nos autos do Recurso Extraordinário n. 611.503/SP, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki, reconheceu a constitucionalidade do artigo 525, § 12 e 14 do Código de Processo Civil, solidificando entendimento de que os dispositivos garantem a coisa julgada, desde que respeitada a Constituição Federal e concedem ao sistema processual brasileiro um mecanismo de rescisão dos julgados revestidos de vício de constitucionalidade.

Imperiosa a transcrição da ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 475-L, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ARTIGO 525, PARÁGRAFO PRIMEIRO, INCISO III, PARÁGRAFOS 12 E 14, E ARTIGO 535, PARÁGRAFO 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

1. São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. 2. Os dispositivos questionados buscam harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, agregando ao sistema processual brasileiro, um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado. 3. São consideradas decisões com vícios de inconstitucionalidade qualificados: (a) a sentença exequenda fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com sentido inconstitucionais; (b) a sentença exequenda que tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional. 4. Para o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade qualificado exige-se que o julgamento do STF, que declara a norma constitucional ou inconstitucional, tenha sido realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.¹⁶²

Assim, solidifica-se o entendimento no sentido de que é perfeitamente cabível a impugnação contra a decisão prolatada em afronta, neste caso não contra precedente vinculante ou decisão obrigatória, mas contrária decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade que declarou a lei ou o ato normativo inconstitucional ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal.

¹⁶¹ ADI 2.418/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 05.05.2016, DJE 17.11.2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶² Recurso Extraordinário n. 611.503/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 20.09.2018, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

3.2.10 O cabimento de ação rescisória calcada em violação à norma jurídica, em casos de coisa julgada que viole precedente judicial

Sobre o tema da ação rescisória, além da norma disposta no artigo 525 do Código de Processo Civil, que inovou o instituto conforme anteriormente abordado, o Código também o fez em outra situação, essa realmente detida ao sistema das decisões obrigatórias.

E isso ocorreu através da Lei n. 13.256/2016 – que acrescentou ao § 5º do artigo 966 do Código de Processo Civil, o cabimento da ação rescisória fundamentada na violação à norma jurídica, quando proferida decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que tenha desconsiderado a distinção havida entre a questão jurídica discutida no caso concreto com a do caso paradigma.

Ao estudarmos o artigo 489 do Código de Processo Civil, vislumbramos o instituto da distinção do caso concreto com o paradigma – *distinguishing* no *common law*. Por aquele dispositivo, considera-se ausente de fundamentação e, portanto, inexistente, a decisão que deixasse de aplicar precedente vinculante estabelecido no processo civil ou que, se não o seguisse, não demonstrasse a distinção havida entre a questão jurídica e fática dos casos concreto e do paradigma.

A lógica desta previsão de cabimento da rescisória, portanto, tem seu sentido. Uma decisão sem fundamentação ou com fundamentação equivocada não pode subsistir. Por isso o cabimento da rescisória.

Neste sentido, leciona Arruda Alvim:

O dispositivo auxilia na interpretação do art. 966, V, do CPC/2015, concluindo que precedentes judiciais (enunciados de súmula e teses fixadas em casos repetitivos) são textos dos quais podem ser extraídas normas jurídicas, cuja violação dá ensejo a ação rescisória. Assim, deverá o autor demonstrar as razões que justificam o *distinguishing* a partir da particularização da hipótese fática diversa ou de questão jurídica não examinada que imponha solução jurídica distinta daquela contida na súmula ou precedente (art. 966, §6º, inserido Lei 13.256/2016).¹⁶³

Todavia, mais uma vez verificamos a falta de comunicação entre os dispositivos legais. O Código de Processo Civil trata nas previsões específicas dos institutos de maneira muito menos abrangente a figura do direito jurisprudencial.

No caso da ação rescisória fundamentada no § 5º do artigo 966 do Código de Processo Civil, verifica-se seu cabimento quando o erro na distinção dos casos se dá para casos concretos fundamentados apenas em enunciado de súmula ou acórdão proferido em

¹⁶³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.160.

juízo de casos repetitivos.

Mais uma vez, todas as tantas outras disposições de decisões obrigatórias feitas pelo próprio diploma processual são preteridas.

Dessa forma, seguindo entendimento da doutrina majoritária, o correto seria uma interpretação ampliada do dispositivo, para “amoldar-se melhor ao sistema de precedentes desejado pelo próprio CPC de 2015, inclusive, mas não só, pelo artigo 927”.¹⁶⁴

Assim, existe o cabimento da ação rescisória fundamentada na violação da norma jurídica quando não é feita a correta aplicação do precedente judicial vinculante, assim considerados tanto aquelas decisões dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil, como também, seguindo o que já se abordou anteriormente, a decisão prolatada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, mesmo que não tenha sido afetado pelo sistema de julgamento dos casos repetitivos.

3.2.11 O cabimento da ação rescisória contra coisa julgada pós inconstitucional

Além do cabimento convencional da Ação Rescisória estabelecido no tópico anterior, quando da afronta ao precedente judicial convencional, bem como do cabimento da impugnação ou da ação declaratória de nulidade contra afronta a precedente do Supremo Tribunal Federal em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o Código de Processo Civil de 2015 cria nova hipótese de cabimento de ação rescisória, esta disposta em seu § 15º do artigo 525¹⁶⁵.

Nesta modalidade é prescrito o cabimento de ação rescisória contra sentença fundamentada também em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou fundada em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo considerado pela corte incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, todavia, posteriormente à sua formação.

É, pois, a consideração da coisa julgada pós inconstitucional.

Mais uma vez se verifica que o Código de Processo Civil pretendeu dar vigência ao sistema do direito jurisprudencial tornando sem efeito decisões prolatadas em dissonância com o sistema de precedentes, precipuamente, neste caso, no que concerne às decisões em

¹⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 662.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 525. Transcorrido o prazo previsto no artigo 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

controle difuso e concentrado de constitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que esta inconstitucionalidade tenha sido reconhecida posteriormente.

Nota-se que além de prever a possibilidade de rescisão da coisa julgada pós inconstitucional por decisão dotada de eficácia *erga omnes*, prolatada em controle concentrado de constitucionalidade que possui seus efeitos vinculantes por previsão constitucional – independentemente de estar relacionado no rol de decisões obrigatórias do artigo 927 do Código de Processo Civil – o diploma processual estabeleceu no § 12º do mesmo dispositivo a hipótese de se fazer a rescisão da decisão dotada dos efeitos da coisa julgada, quando constatado posterior controle difuso de constitucionalidade, isto é, quando a norma declarada inconstitucional apenas o foi na relação subjetiva processual, desde que realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A decisão prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade não está dotada de eficácia vinculativa, muito menos *erga omnes*¹⁶⁶. Nem a lei nem a Constituição a preveem desta forma. É o que observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O texto normativo, quando se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle concreto de constitucionalidade de lei ou de ato normativo, só faz sentido se interpretado conforme a Constituição, vale dizer, se considerar-se a incidência da CF 52, X: julgado o RE afirmando a inconstitucionalidade – controle difuso – e remetido o acórdão ao Senado Federal, a Câmara Alta, expediu resolução suspendendo a execução da lei ou do ato normativo em todo o território nacional. Somente nesse caso é que o texto normativo poderá ser aplicado. Vale lembrar que o STF, quando julga RE não é tribunal de teses, mas tribunal que julga o caso concreto, subjetivo, corrigindo a decisão que aplicou incorretamente a constituição federal ou lei que o STF considera inconstitucional. Sem autorização constitucional expressa não pode haver “objetivação” do recurso extraordinário, entendimento que só pode ser considerado de *lege ferenda*. Não se pode opor esse julgamento concreto do STF ao credor-exequente.¹⁶⁷

O entendimento esposado acima é evidente. Assim, em análise perfunctória, se poderia dizer que não é possível admitir que o controle difuso de constitucionalidade afete outros casos com eficácia vinculante, não só por não estar disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil – mesmo porque alguns dos padrões lá estabelecidos também contrariam a Constituição Federal, mas refletem o objetivo da criação do direito jurisprudencial –, mas, principalmente, por afetar completamente a lógica das decisões obrigatórias, do instituto da eficácia vinculante das decisões e da própria segurança jurídica.

Portanto, independentemente das discussões doutrinárias que revestem a questão sobre

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Artigo 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 715.

a relativização da coisa julgada inconstitucional, deve ficar expresso neste momento é que sob via de regra a decisão prolatada em controle difuso de constitucionalidade não se aplica à lógica dos § 12º e 15º do artigo 525 do Código de Processo Civil.

Todavia, como estudado anteriormente, a decisão prolatada em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando não siga o sistema de julgamento dos casos repetitivos, deve ser considerada como decisão que também possui eficácia obrigatória e vinculante.

Assim, quando o controle difuso é realizado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, entende-se que esta decisão também se adequa às decisões que formam precedente vinculante.

Por essa razão, é reconhecido o cabimento da ação rescisória proposta contra decisão revestida pela coisa julgada, mas que viola precedente do Supremo Tribunal Federal que declara sua fundamentação anterior como inconstitucional.

Conforme demonstrado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 2.418, bem como do Recurso Extraordinário 611.503, não decidiu se seria constitucional que, a qualquer tempo, após o trânsito em julgado de decisão prolatada contra norma jurídica que posteriormente fosse declarada inconstitucional também pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, ainda não há manifestação específica do Supremo acerca da legalidade e constitucionalidade da norma disposta no § 15º do artigo 525 do Código de Processo Civil, que estabelece a rescisão da coisa julgada posteriormente reconhecida como inconstitucional.

A doutrina, por sua vez, se divide sobre o reconhecimento ou não da constitucionalidade do dispositivo em comento.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, dentre outros, firmou entendimento no sentido de que o dispositivo é absolutamente inconstitucional, sob o argumento precípua de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a possibilidade de a coisa julgada ficar passível de rescisão em momento posterior à sua formação, o que causaria verdadeira afronta à segurança jurídica. Neste sentido a doutrina é estabelecida:

A pretensão rescisória extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura do STF. Saliente-se que a ADIn, por exemplo, não tem prazo de exercício previsto em lei, de sorte que se trata de pretensão perpétua, que pode ser ajuizada dois, cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei apontada por inconstitucional. Por óbvio, a rescisória – instituto que se caracteriza como exceção à regra constitucional da intangibilidade da coisa julgada material (CF 5º, XXXVI), que, como exceção, deve ser interpretada restritivamente – não pode receber esse mesmo tratamento e nem as partes devem submeter-se a essa absoluta insegurança jurídica. Daí por que, extinta a pretensão rescisória pela decadência, não pode renascer. Entendimento diverso ofenderia o princípio constitucional da segurança jurídica e garantia

fundamental da intangibilidade da coisa julgada (CF 5º, XXXVI).¹⁶⁸

A sugestão apresentada, portanto, seguindo a mesma lógica da doutrina, é uma interpretação conforme a Constituição. Assim, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery estabelecem que “somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF [...] O que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso”.¹⁶⁹

Neste sentido, conclui Arruda Alvim que, se a decisão “for posterior ao termo final do prazo de 2 anos da rescisória, nada resta às partes fazer, porquanto a decisão de mérito estará, definitivamente, protegida pela coisa julgada material”.¹⁷⁰

Parece-nos que este é o entendimento mais correto sobre a interpretação do § 15º do artigo 525 do Código de Processo Civil, que estabelece a figura da coisa julgada considerada posteriormente como inconstitucional.

A propositura da ação rescisória não pode superar o prazo máximo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão. Todavia, caso a norma jurídica que deu fundamento à decisão afetada pela coisa julgada seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal dentro deste período de dois anos que anteriormente era contado do trânsito em julgado da decisão, há um alargamento deste prazo por mais dois anos, estes contados, por sua vez, da declaração de inconstitucionalidade.

¹⁶⁸ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.486.

¹⁶⁹ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.486.

¹⁷⁰ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 1.126.

4 INCONSISTÊNCIAS DO SISTEMA DE APLICAÇÃO DAS DECISÕES OBRIGATÓRIAS EM CASOS CONCRETOS

Ao analisarmos detidamente cada um dos casos de aplicação do sistema de decisões obrigatórias criados pelo Código de Processo Civil, quando comparado com o Livro III e Capítulo I do diploma processual, que institui amplamente o conceito do direito jurisprudencial, notamos sem maiores dificuldades que o Código não segue um padrão lógico de eficácia dessas decisões judiciais.

Tanto assim o é que em cada um dos exemplos de aplicação prática, no trâmite do procedimento dos precedentes obrigatórios, o próprio Código de Processo Civil deixa de prever alguns deles em determinadas situações e, pior, estabelece outros que não existem no rol taxativo do artigo 927.

Fala-se em rol taxativo, pois a vinculação obrigatória dos magistrados às decisões de tribunais hierarquicamente superiores não está e nem nunca esteve inserido no direito processual brasileiro. Por essa razão, ao se verificar uma norma que estabelece a obrigatoriedade de se seguir uma espécie de precedente judicial em um sistema de *civil law*, jamais poderia ser analisada de maneira ampla e irrestrita.

As decisões dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil estão lá, todas elas, com um objetivo preciso: garantir efetividade do processo, celeridade e economia dos atos processuais. Foi uma medida imposta para estruturar o poder judiciário, claramente com o intuito de diminuir a quantidade de processos, fazendo dessas decisões paradigmas uma norma geral, apta a ser aplicada em todos os casos concretos.

Que essa é a intenção do Código, isso não se discute. Tanto assim que toda a pesquisa foi tracejada visando demonstrar como o sistema processual buscou garantir eficácia a esses precedentes obrigatórios no trâmite de cada um dos procedimentos processuais.

Todavia, é imperiosa a apresentação de uma análise crítica sobre o tema.

O problema vislumbrado é, conforme apontam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “saímos do perigo e da inconveniência do juiz boca de lei, para ingressarmos no incógnito juiz boca dos tribunais. Assim como o juiz não é a boca da lei, pois interpreta, analisa os fins sociais a que se destina para aplicá-la [...], o juiz também não é a boca dos tribunais”.¹⁷¹

Isso, pois o dever do magistrado é o de aplicar, livremente, os preceitos abstratos e gerais estabelecidos pelas decisões judiciais. E assim deveria ser, precipuamente, em atenção

¹⁷¹ NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836.

à autonomia das decisões judiciais.

Ao aceitarmos as decisões obrigatórias detidamente estabelecidas no artigo 927 do Código de Processo Civil, estamos – guardadas as devidas proporções – aceitando o fato de que a partir de agora o poder judiciário está apto a legislar.¹⁷²

É claro que o reconhecimento dessa eficácia vinculante geral muito provavelmente gerará o efeito almejado pelo Código e, por consequência, o número de litígios sobre determinada matéria diminuirá.

As decisões esparsas sobre determinada matéria também diminuirão cada vez mais. E esse fato, em análise superficial, garantirá muito mais previsibilidade ao jurisdicionado, já que as constantes alterações de entendimentos jurisprudenciais tanto afetam a segurança jurídica. Conforme demonstra Teresa Arruda Alvim, “o direito não pode se confundir com a sucessão de opiniões diferentes, de diferentes juízes de Cortes Superiores.”¹⁷³

Essa solução imediata, contudo, em uma análise do sistema de direito jurisprudencial com decisões de vinculação obrigatória criado pelo Código de Processo Civil não se comunica inteiramente com os preceitos da Constituição Federal.

Isso, pois salvo duas disposições específicas do artigo 927 – o controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, § 2º)¹⁷⁴ e a súmula vinculante (artigo 103-A, § 2º), ambos da Constituição Federal¹⁷⁵ –, todas as outras não possuem por previsão constitucional essa eficácia vinculativa e geral.

Ao tratar do tema, Cassio Scarpinella Bueno reconhece a necessidade de um sistema congruente de decisões judiciais padronizadas, mas relembra essa ausência de vinculatividade decorrente da falta de previsão constitucional:

Mesmo que descarte o seu efeito vinculante, fora dos casos previstos na CF, isto é, para além das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, da CF) e de suas súmulas vinculantes (artigo 103-A da CF), não vejo razão para desconsiderar a sua força persuasiva e a necessidade de ser estabelecida verdadeira política pública para implementar maior racionalização nas decisões e na observância das decisões dos Tribunais

¹⁷² NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p. 1.837.

¹⁷³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 279.

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

brasileiros.¹⁷⁶

No âmbito prático, se deveria compreender que os provimentos obrigatórios do artigo 927 do Código de Processo Civil são verdadeiros mecanismos judiciais de contingenciamento da repetição de processos. Por isso, sua aplicação deve respeitar o devido processo legal com decisão amplamente fundamentada, mas que respeite a ordem hierárquica e a análise sistemática da Constituição Federal, da Lei e, então, dos precedentes.

Assim, a demonstração, na prática, de como deve ocorrer a aplicação desse sistema de precedentes, conforme o Código, com eficácia geral e vinculativa, deve seguir esses critérios.

Todavia, parcela dessas decisões que garantem a eficácia vinculativa de precedente, em regra, só poderia estar disposta no artigo 927 do Código de Processo Civil se essas decisões também estivessem estabelecidas na Constituição Federal como decisões vinculantes.

De toda sorte, este não foi o sentido almejado pelo legislador ao promulgar, no Código de Processo Civil, a sistemática do direito jurisprudencial brasileiro.

O que se sugere, portanto, é um respeito ao próprio sistema de precedentes obrigatórios que deve se dar, de partida, pelo próprio Código. É necessária uma análise sistemática das disposições que tratam das formas de aplicação das decisões obrigatórias, sempre aos olhos do artigo que as estabelece.

Assim, para assegurar a eficácia das decisões dispostas no artigo 927 do Código de Processo Civil, todos os atos processuais desenvolvidos na relação subjetiva processual que forem fundamentados por precedentes obrigatórios, devem se ater a todas elas, não a uma ou outra isoladamente, de acordo com a conveniência da disposição.

Para que a aplicação do direito jurisprudencial no processo civil brasileiro tenha coerência, integridade e estabilidade e, incluimos, prudência, o Código de Processo Civil deve se comunicar, antes de mais nada, consigo, e sempre aos olhos da Constituição Federal.

¹⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 629.

5 CONCLUSÃO

Pudemos vislumbrar por meio do presente estudo que o Código de Processo Civil de 2015 inovou em seus procedimentos quanto à fonte de fundamentação da prestação da tutela jurisdicional.

Por meio dos seus artigos 926 e 927, principalmente, buscou criar uma sistemática que, primeiramente, impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, de maneira íntegra, estável e congruente para, só então, estabelecer que parcela dessas decisões especificamente dispostas no sistema processual tivesse eficácia vinculante.

Definidas essas decisões de eficácia vinculante (artigo 927 do Código de Processo Civil), o diploma processual estabeleceu uma série de procedimentos ao longo dos atos processuais, cada um deles passível de aplicação desses precedentes obrigatórios.

O objetivo do legislador, conforme esclarecemos, foi “desafogar” o poder judiciário, diminuindo o número de processos e de recursos e criando, através da economia processual e da efetividade dos atos processuais, um padrão das decisões dadas em casos repetitivos e em matérias de relevante questão de direito ou de repercussão geral.

Evidente que esse sistema tem por finalidade, além das acima relacionadas, garantir previsibilidade e segurança jurídica ao jurisdicionado, evitando a indubitável situação de instabilidade já vivida no direito brasileiro, pela qual os entendimentos dominantes dos tribunais se alteravam de maneira reiterada, sem critério, a depender da pessoa que ocupasse o cargo de julgador.

Ocorre que parcela substancial – senão todos – desses procedimentos específicos de aplicação dos precedentes obrigatórios de eficácia vinculante apresentam inconsistências com o próprio dispositivo que os regulamenta.

Conforme verificamos em cada um dos institutos que reclamam a aplicação desse sistema de direito jurisprudencial por precedentes obrigatórios, notamos que o Código de Processo Civil não seguiu a própria ordem estabelecida por ele ao fixar, em seu artigo 927, quais seriam as decisões de eficácia obrigatória.

Notamos que nos procedimentos específicos, muitas decisões poderiam ser prolatadas e processos resolvidos até liminarmente, fundamentados no sistema das decisões obrigatórias. Todavia, quando o Código ia estabelecer quais seriam essas decisões obrigatórias, se desencontrava com o próprio sistema por ele instituído, firmando em algumas situações decisões não estabelecidas no artigo 927 ou deixando de dar vigência a outras que lá constavam.

O que se propôs, portanto, foi a necessidade de se analisar a sistemática do Código de Processo Civil em cada um dos procedimentos específicos que tinham como fonte de solução as decisões obrigatórias por ele estabelecidas, ampliando a interpretação da norma em alguns casos e restringindo-a em outros, mas sempre seguindo o que o sistema processual diz entender por decisão obrigatória, que deverá impreterivelmente ser observada pelo julgador ao prolatar sua decisão.

Por fim, reitera-se o fato de que nem todas as decisões obrigatórias do artigo 927 do Código de Processo Civil, de acordo com parcela substancial da doutrina, realmente são dotadas de eficácia vinculante. Isso, pois, dentre elas, apenas a súmula vinculante e a decisão que julga controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia vinculante estabelecida na Constituição Federal. De acordo com essa doutrina, apenas a Constituição Federal poderia estabelecer a vinculação do judiciário a determinadas decisões, e não o Código de Processo Civil.

De toda sorte, a lição que se pretendeu estabelecer e o que se conclui é que esse sistema de decisões obrigatórias que criou o chamado direito jurisprudencial no Brasil realmente traz ao jurisdicionado a previsibilidade almejada e estabelece, em regra, um sistema isonômico de segurança jurídica. O que deve ser observado, todavia, é que a sua aplicação nunca pode contrariar o próprio processo civil e também, deve estar sempre sob o manto da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Mecanismos atípicos de controle da coisa julgada no novo código de processo civil. *In: PRODIREITO: Direito Processual Civil – Programa de Atualização em Direito (Ciclo 3)*. Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil; (org.) Cassio Scarpinella Bueno. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; CURY, Augusto Jorge. A coisa julgada e a questão declaratória incidental, como prejudicial relativa ao mérito. *In: Direito público contemporâneo*. Direção científica de Sidney Guerra (coord.); Tarin Cristino Frota Mont'alverne; Henrique Ribeiro Cardoso (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2017.

ALVAREZ, Anselmo Prieto; SHIMURA, Sérgio Seiji; SILVA, Nelson Finotti. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos, precedentes**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2017.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: RT, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem**. São Paulo: RT, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 01/69**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out. 1969.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 07/77**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 abr. 1977.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45/04**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 03/93**. Altera os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 1993.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45/04**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 dez. 1999.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento n. 0077978-05.2013.8.26.0000, Rel. Cláudio Godoy, j. 10-09-2013 pela 1ª Câmara de Direito Privado.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.264.272-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15-05-2012 pela Quarta Turma.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento n. 2002817-52.2013.8.26.0000, Rel. Min. Melo Bueno, j. 09 set. 2013 pela 35ª Câmara de Direito Privado.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n. 691, 24-09-2003, DJ de 9-10-2003, p. 5; DJ de 10-10-2003, p. 5; DJ de 13-10-2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 112.640, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07-08-2012 pela Primeira Turma.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil – procedimento comum**. Processos nos tribunais e recursos. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do precedente judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.

CARREIRA, Guilherme Sarri. **O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial**. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CÓDIGO de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Ricardo Yamin. **Do incidente de assunção de competência**. Dissertação. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

GARAY, Alberto F. **La doctrina del precedente em la Corte Suprema**. Buenos Aires: Abelebo Perrot, 2013.

GÖTTEMS, Claudinei J.; BORGES, Rodrigo Lanzi de M. **Súmula vinculante: a influência da *common law* no sistema jurídico brasileiro**. v. 6. João Pessoa: Prima Facie, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica. Acesso em: 23 fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Publicado em 2003. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial**. São Paulo: RT, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes** – da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual** n. 22, jan. 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NERY JUNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015** (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015). Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALLES, Carlos Alberto. **Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? O novo Código de Processo Civil – questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 57, São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto? – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHOOL OF LAW. The common law and the civil law traditions. Boalt Hall da University of California *apud* J.H. Baker. **An introduction to english legal history**. London, 2002. Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3.ed. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração