

PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DO NOVO CPC

JUDICIAL PREVIOUS DECISIONS AS SOURCE OF LAW: SOME CONSIDERATIONS BY THE NEW CPC

Haroldo Lourenço

Advogado, palestrante e consultor jurídico no RJ

Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha)

Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF).

Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual Civil nos seguintes cursos (presencial, telepresencial e on line)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O precedente como fonte do direito; 2 Os precedentes vinculantes à luz dos princípios constitucionais; 2.1 Princípio da isonomia; 2.2 Segurança jurídica; 2.3 Motivação das decisões. 3.4. Contraditório; 3 Norma jurídica geral e individualizada; 4 Precedente. Jurisprudência dominante. Súmula. *Ratio decidendi*. *Obiter dictum*; 5 Efeitos do precedente. 6 Precedentes declarativos e criativos; 7 Dinâmica do precedente; 7.1 Técnicas de

confronto do precedente; 7.1.a *Distinguishing*, *Restrictive* e *ampliative distinguishing*; 7.2 Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*; 8 Distinção entre eficácia vinculativa do precedente, eficácia da intervenção e coisa julgada; 8.1 Coisa julgada. 8.2 Eficácia da intervenção; 8.3 Eficácia vinculativa do precedente judicial; 9 Aplicação das técnicas de confronto e superação dos precedentes no atual CPC; 10 Da ausência de uma teoria do precedente, bem como de técnicas de confronto e superação no Novo CPC; 11 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a aproximação do sistema brasileiro, que adota o regime da civil law, ao sistema da common law onde há prevalência de cláusulas gerais, maiores poderes dos magistrados e, principalmente, a técnica dos precedentes vinculantes. Analisam-se os conceitos de ratio decidendi e obiter dictum, bem como as técnicas de confronto e superação dos precedentes (como *distinguishing*, *overruling*, *express overruling*, *implied overruling*, *overruling prospectivo*, *retrospective* e *anticipatory*, *overriding*) prestigiam nossos princípios constitucionais e tem influenciado o atual CPC e o Projeto para um Novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos Precedentes. Eficácia Vinculante. Técnicas de Superação e Confronto dos Precedentes. Novo CPC.

ABSTRACT: This work will analyze the approach of Brazilian system, which use the civil law, and the common law, where general clauses prevail, the judges have more power and the previous decisions make rules. We will analyze concepts like the ratio decidendi and obiter dictum, the techniques of confront and overcoming the previous decisions (as *distinguishing*, *overruling*, *express overruling*, *implied overruling*, *prospective overruling*, *retrospective* e *anticipatory*, *overriding*) which uses our constitutional principles and are influencing our CPC and the New CPC project.

KEYWORDS: Previous theory. Binding effect. Techniques of Confront and Overcoming the Previous Decisions. New CPC.

INTRODUÇÃO

No Brasil sempre se afirmou que a lei é fonte primária do direito, com fundamento do positivismo jurídico¹. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito, conhecido como *civil law*, como o dos países herdeiros da família romano-germânica (basicamente todo o continente europeu).

Adota-se a *civil law*, ainda, na Itália, na França, na Alemanha, na Espanha e em Portugal, assim como em toda América Latina colonizada por portugueses e espanhóis². A influência de tais doutrinas é facilmente perceptível no Brasil, onde há muita influência, por exemplo, da doutrina italiana de Liebman³, Chiovenda e Carnelutti, principalmente em nossa teoria geral do processo.

Há, contudo, nos países de origem anglo-saxônica uma visão muito bem desenvolvida dos precedentes judiciais, o denominado sistema do *common law*, informado pela teoria do *stare decisis*, termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido⁴. Tal teoria também é denominada de *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX, tendo sido devidamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-

1 Para o Positivismo jurídico o Direito é aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido, cujos esforços sejam voltados à reflexão sobre a sua interpretação.

2 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.

3 A título de ilustração, Enrico Tullio Liebman foi um eminente jurista italiano, nasceu em 1903, na cidade de Leopoli, que teve como mestre Giuseppe Chiovenda. Ocupou a cátedra de *diritto processuale civile* da Universidade de Parma. Chegou ao Brasil em 1939, ano em que foi editado o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro, inspirado nos códigos da Alemanha, Áustria e de Portugal. Quando se transferiu para o Brasil, Liebman, que contava com 36 anos de idade, era um professor em franca ascensão na Itália. Foi obrigado a ausentar-se de seu país em virtude da política de intolerância cultural e étnica implantada pelo regime fascista. Lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde apresentou idéias extremamente revolucionárias para a época. Seu pensamento influenciou inúmeros juristas brasileiros, tais como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral dos Santos, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Em virtude disso, costuma-se dizer que Liebman fundou uma verdadeira Escola - a Escola Processual de São Paulo. Tal Escola, por meio de um de seus mais destacados integrantes, o Prof. Alfredo Buzaid, foi a maior motivadora da substituição do Código de Processo Civil de 1939 por um novo. Alfredo Buzaid, discípulo direto de Liebman, buscou na obra e no pensamento de seu mestre o amparo para reformular institutos mal disciplinados no Código de 1939, assim como para introduzir institutos ou soluções até então estranhas ao sistema brasileiro. Fonte: www.abdpc.org.br.

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed., JusPodium, 2011. p. 389. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 160.

vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente⁵.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil enorme preconceito em relação ao direito americano, tentando-se negar importância aos institutos de *common law* sem se conhecê-los, surgindo, por conseqüência, alegações mal fundadas sobre o papel do juiz e acerca dos limites da jurisdição. Fala-se de um juiz que cria o direito e de um legislativo que não ocupa o seu espaço, como se o juiz do *common law* fosse um “*ser estranho*” e a jurisdição deste sistema pudesse, sem qualquer pudor, adentrar na esfera de poder reservada ao Parlamento⁶.

Tal visão esquece que a jurisdição da *civil law*, durante a história, teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo⁷) inegavelmente aproximado o sistema de *civil law* ao da *common law*.

Certamente foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais, contudo, o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra⁸, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

5 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 161.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

7 Sobre o tema vale a consulta: SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2009. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. acesso em: 26.04.2010.

8 O sistema da *common law* é adotado também no Canadá, na Austrália, entre outros, principalmente em países oriundos das antigas colônias britânicas. No Canadá, que teve colonização tanto inglesa como

Em síntese, a principal distinção entre os dois sistemas é que o da *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Nesse sistema o juiz é considerado *boca da lei* (Montesquieu), para justificar a idéia de que seus poderes decorrem da lei, exercendo, portanto, uma subordinação sobre os juízes, de igual modo os juízes inferiores são rigidamente controlados pelos juízes superiores, para serem fiéis a essa missão de ser o instrumento de cumprimento da lei. Na *civil law* prevalece a vontade soberana, há um “justiça do rei”, ou seja, do Estado.

Enquanto no sistema da *common law* adota-se um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Na *civil law* busca-se a segurança jurídica, enquanto na *common law* a paz entre os litigantes, a re-harmonização e a reconciliação são os objetivos diretos; nessa pacificação dos litigantes pouco importa se é à luz da lei ou de outro critério, desde que seja adequado ao caso concreto, pois o importante é harmonizar os litigantes, havendo um profundo enraizamento na vida da comunidade⁹. Há, nesse sistema, uma justiça paritária, da comunidade.

Atualmente, com a recente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na justiça e nos juízes, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, os países que adotam a *civil law* tem se voltado para alguns parâmetros da *common law*, e vice-versa¹⁰.

Exatamente nesse ponto concentra-se o presente trabalho, buscando colaborar no estudo dos limites dessa aproximação do *civil law* com o *common law*, por meio da expansão das cláusulas gerais processuais, que atribuem maior poder ao juiz, na objetivização do controle difuso de constitucionalidade e do recurso extraordinário, na adoção das súmulas vinculantes, dos julgamentos por amostragem etc. Enfim, todos esses institutos reconhecem uma tendência a uniformização da decisões judiciais e valorização dos precedentes.

francesa, em algumas regiões, como Québec, é adotado o sistema da *civil law*, o que também acontece nos Estados Unidos no Estado da Louisiana: GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.

9 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 2.

10 *Ibidem*, p. 3.

Algumas premissas do estudo do precedente como fonte do direito, a sua eficácia, a sua análise diante dos princípios constitucionais e, principalmente, as técnicas de confronto e superação dos precedentes foram investigadas, de igual modo, não poderia deixar de abordar como o tema pretende ser tratado no Novo CPC.

1 O PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto¹¹. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto¹²⁻¹³.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com seu convencimento, procurando no legislativo, fundamentos para a mesma, em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema (legislação, princípios etc.) amparo para motivar sua decisão.

Expressões como *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei os direitos) apesar de ainda terem sua aplicação, devem ser lidas com zelo. O magistrado não é um robô ou uma máquina, previamente programada, para responder qual é o direito da parte diante da hipótese narrada. O Juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre,

11 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Jus Podivm. 11. ed. v. I. p. 70.

12 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

13 No mesmo sentido, imprescindível leitura de MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-97, onde clama que o estudioso, com serenidade, discuta o problema da criação judicial do direito, enumerando várias proposições em sua defesa.

deve ser responsável. Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo, nem da lei¹⁴.

A atividade criativa do juiz pode se dar de duas maneiras, sendo a primeira no sentido de criar a *norma jurídica* do caso concreto; e a segunda, a *norma geral* do caso concreto, pela qual, o juiz deverá demonstrar o fundamento, a norma geral do ordenamento jurídico, que soluciona o caso concreto (não apenas a lei em si, mas o entendimento do juiz acerca dessa lei). Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo. As normas gerais criadas a partir de casos concretos estão na fundamentação das decisões e se configuram como aquilo que se chama de precedente judicial, que é exatamente essa norma geral criada a partir do caso concreto.

As súmulas, vinculantes ou não, nada mais são do que normas gerais, eis que, apesar de julgar um caso concreto, serão aplicadas, reflexamente, a outras inúmeras situações similares ou idênticas. Não há que se dizer que o Judiciário estaria legislando, uma vez que a atividade criativa se dá a partir da interpretação que o mesmo faz das leis já existentes.

Nessa linha, surgem os denominados *hard cases*, situações onde os textos jurídicos existentes, aplicados objetivamente, não apresentam soluções claras. Atualmente, o STF os tem enfrentado, como no direito à saúde, intervenção do Judiciário em políticas públicas, antecipação terapêutica do parto para fetos com anencefalia. Inclusive, em alguns casos desses *hard cases* foi criada a norma geral a ser aplicada a situação concreta, como na hipótese da fidelidade partidária¹⁵ e no direito de greve dos funcionários públicos¹⁶.

Infelizmente, tal concepção ainda não é adotada a unanimidade, contudo, mostra-se cada vez mais sedimentada, admitindo a jurisprudência como fonte do direito¹⁷. Parece-me que a influência de Montesquieu através do chamado juiz *boca-da-lei* ainda é muito forte. Nesse sentido, majoritariamente, adota a visão do magistrado que

14 PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 128.

15 STF, MS 26.603, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007.

16 STF, MI 670, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007.

17 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed., JusPodium, 2011. p. 390. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 18. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 86.

transforma uma norma genérica e abstrata, em uma norma concreta e específica. O Judiciário não criaria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes¹⁸.

2 OS PRECEDENTES VINCULANTES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a força vinculante que se têm atribuído aos precedentes no sistema jurídico nacional, alguns princípios constitucionais merecem ser repensados, com o escopo de adequação à teoria do precedente.

2.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Há muito tempo que se parou de visualizar a isonomia meramente formal, onde todos seriam iguais perante a lei, buscando seu enquadramento material, onde o tratamento deve ser igualitário na medida das desigualdades. Atualmente, diante da teoria dos precedentes, não se fala mais em isonomia *perante a lei*, mas *frente ao Direito*. Nesse sentido, a expressão *lei*, constante do art. 5º da CR/88, deve ser interpretada no sentido de *norma jurídica*, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.

A partir dessa ótica, a isonomia não reflete somente o tratamento aos particulares, o tratamento ao Poder Público, ao Legislativo na edição das leis, na atuação da Administração Pública etc., agora, deve ser observado, perante as decisões judiciais.

Assim, não se pode admitir que o mesmo caso concreto, enfrentado por jurisdicionados diferentes, receba decisões diferentes. A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem se considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma¹⁹.

De igual, não se admite a hipótese inversa, pela falta de um correto cotejo das circunstâncias fáticas, não se dê um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstancias diferenciadas.

18 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 71. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I, 25. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 129, jun. 2009.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA

Como se extrai do art. 5º, XXXVI da CR/88, não se permite que nenhum ato normativo do Estado atinja situações consolidadas no passado, assegurando o seu respeito no presente e no futuro.

Há, contudo, que se assegurar o presente e futuro, justamente para que o indivíduo pautar seu comportamento e sua conduta. Há uma dimensão pública, pois as soluções dadas pelo Judiciário doutrinam a sociedade, criando uma previsibilidade do resultado de certas demandas.

Assim, quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de determinado direito²⁰.

2.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Como cediço, toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade²¹ (art. 93, IX da CR/88) e, de tão importante, há renomada doutrina que defende a tese da inexistência²², contudo, minoritária no Brasil.

Decisões que se reportam, exclusivamente, a artigos de lei ou empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar a incidência no caso concreto, invocando motivos genéricos, comuns a toda decisão, não pode ser compreendida como fundamentada. Trata-se de decisão

20 MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 539.*

21 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 303.* BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 354.* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 450.* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. v. I. 17. ed. inteiramente revista. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008. p. 416.* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 514.*

22 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile.* Padova; Cedam, 1975. p. 406. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102.

tautológica²³, ou seja, se conclui confirmando a premissa já afirmada, ao invés de justificá-la. A título de ilustração, imagine a seguinte decisão, muito comum no foro: “*Indefiro a tutela antecipada por faltar verossimilhança das alegações apresentadas e periculum in mora*” ou “*Nego seguimento ao recurso por ser manifestamente contrário a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça*”. O que difere tal decisão de qualquer outra?

Nesse ponto, cumpre recordarmos as funções da fundamentação. A fundamentação da decisão judicial exerce duas funções primordiais, uma *endoprocessual*, outra *extraprocessual*, compondo o devido processo legal em um aspecto substancial.

A primeira irradia-se internamente no processo, serve de base para a elaboração dos recursos, viabilizando um controle interno da decisão judicial pelo tribunal, ao rever as questões de fato ou de direito. No que se refere à segunda função, serve para dar publicidade ao exercício da função jurisdicional e, com isso, permitir o controle das decisões pelo povo, viabilizando a democracia²⁴, por meio do controle difuso da atividade judiciária²⁵.

Assim, diante da teoria do precedente, a função extraprocessual deve ser reforçada, identificando exatamente as questões de fato que se reputam como essenciais ao deslinde da causa e se delimite, precisamente, a tese jurídica acolhida, justamente porque a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimante da conduta presente.

2.4 CONTRADITÓRIO

O contraditório, freqüentemente, é analisado como a garantia de que a solução final de uma situação concreta seja alcançada mediante a

23 Exemplos de tautologia: “*o mar é azul porque reflete a cor do céu e o céu é azul por causa do mar*”, ou “*tudo o que é demais sobra*”. Entendendo que tais decisões seria tautológicas: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 300.

24 Quem não se lembra da fundamentação utilizada por um juiz paulista ao rejeitar a queixa-crime apresentada pelo jogador de futebol Richarlyson, afirmando que jamais “conceberia um ídolo homossexual”...? Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelear contra si.” Enfim, triste decisão, que, nitidamente, traduz em posição homofóbica.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 415.

participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo, ou seja, como será criada a norma jurídica individualizada, estabelecida no dispositivo da decisão, as partes dela devem participar e influenciar.

Ocorre, contudo, que a decisão não cria somente a norma jurídica individualizada; cria norma geral, a *ratio decidendi*, ou seja, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado e, nesse sentido, há um direito de participação na construção da norma jurídica. É preciso ampliar as hipóteses de *amicus curiae*, redefinir o interesse recursal, reconhecendo-se a sua existência na definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto, bem como repensar nas intervenções de terceiro, como forma de ajudar na construção do precedente, ampliando-se, por exemplo, o interesse jurídico para fins de assistência, justamente quando o assistente representar, por exemplo, um grupo de pessoas.

Há, nesse sentido, doutrina que defende o interesse jurídico sob um viés institucional, principalmente do Ministério Público, hábil a autorizar a assistência simples. Tal interesse é extraído da defesa de violações as prerrogativas, direitos e deveres dos membros de certas instituições, não podendo ser confundido com interesse pessoal do membro da instituição²⁶. De igual modo, há quem defenda que o credor de dívida ainda não vencida poderia ser assistente, porque haveria comprometimento a essência do direito do terceiro ou do seu exercício prático²⁷, ou seja, interesse econômico como espécie de interesse jurídico.

De igual modo, o STF²⁸ já admitiu assistência simples, mesmo sem existir relação jurídica vinculada à discutida no processo, em razão da afirmação de existência de uma relação jurídica de direito coletivo no sentido amplo, para a pluralidade do debate, onde um sindicato das indústrias do fumo ingressou como assistente simples em um processo que envolve uma indústria de cigarros, onde se questiona a constitucionalidade de norma que prevê a interdição de estabelecimento como forma de coação ao pagamento de tributo. Nitidamente, o posicionamento adotado pelo STF produzirá vasta influência em nosso ordenamento.

26 GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples – o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 83-109, jan./jun. 2006.

27 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 499.

28 STF, RE 550.769 QO/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28.02.2008, publicado no Informativo 496.

Aduziu-se, ademais, que a decisão que viesse a ser tomada pela Corte durante o julgamento do recurso poderia influir na ponderação e calibração de uma linha histórica de precedentes que tratam sobre sanções políticas, sendo inequívoco que a norma impugnada se aplica especificamente às empresas produtoras de cigarro, cujo mercado parece limitado a poucos produtores. Além disso, as empresas que compõem o sindicato postulante se encontrariam em situação similar à da empresa recorrente. Daí, o interesse do SINDIFUMO extrapolaria a mera conveniência e o interesse econômico de participação em processo que definirá orientação jurisprudencial aplicável a um número indefinido de jurisdicionados²⁹.

Fredie Didier afirma que haveria nesse caso uma *legitimidade extraordinária coletiva*³⁰, pois o ente que tem interesse para a ação coletiva relativa aos interesses individuais homogêneos relacionados ao objeto litigioso do processo tem interesse jurídico. Sérgio Cruz Arenhart já defendia a ampliação do conceito de interesse jurídico, tendo em vista a força do precedente vinculante, para não gerar violação ao contraditório, pois terceiros serão atingidos por tal precedente, sem terem tido oportunidade de efetivamente influenciarem na sua formação³¹.

3 NORMA JURÍDICA GERAL E INDIVIDUALIZADA

Em toda decisão judicial haverá vários capítulos, como normas gerais e individuais.

A norma geral, constante da fundamentação, é a norma identificada a partir de um caso concreto, isto é, um problema concreto e, diante disso, busca a solução geral prevista pelo legislador. A norma geral, que está na fundamentação da decisão e que foi construída pelo juiz a partir de um caso concreto, chama-se *precedente*, como mencionado no art. 479 do CPC.

Ao se afirmar que há um precedente, se está afirmando que há uma norma geral que já identificada por outro magistrado como aplicável ao caso concreto. O precedente não é formado pela norma

29 Trecho do voto do ministro relator Joaquim Barbosa.

30 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. I. 11. ed. JusPodium, 2009. p. 344.

31 ARENHART, Sérgio Cruz. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11, p. 436-437, *apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. I. 11. ed. JusPodium, 2009. p. 344.

jurídica individualizada, mas pela norma geral, construída por outro juiz ou Tribunal diante de um caso concreto.

Esse é o ponto principal. Justamente por ser uma norma geral que se mostra interessante aplicá-lo para a hipótese em discussão. Nesse sentido, o precedente somente pode ser utilizado na fundamentação de outra decisão, pois o Judiciário soluciona conflitos concretos, diferentemente do legislador que busca solucionar problemas abstratos.

Vejam os entendimentos do STF³² que afirma que todo parlamentar que trocar de partido perderá o mandato (*norma geral*), tendo João trocado de partido, perderá o mandato (*norma individualizada*).

Fredie Didier traz um exemplo bem elucidativo: o art. 1102-A do CPC traz o procedimento monitório, permitindo seu manejo por quem disponha de “*prova escrita*” sem eficácia de título executivo. Nessa linha, o Enunciado da Súmula 299 do STJ afirma que o cheque prescrito permite o manejo da ação monitória. Perceba-se que a partir de um termo vago (prova escrita) criou-se uma norma geral à luz do direito positivo, podendo ser aplicado em diversas outras situações³³.

Os precedentes estão vinculados ao contexto que surgiram. Nesse sentido, para que possa ser utilizado, o contexto fático deve ser idêntico àquele onde surgiu o paradigma.

Atualmente, principalmente no sistema recursal, nosso ordenamento valora bastante o precedente, como pode ser observado, por exemplo, da súmula impeditiva de recursos (art. 518 §1º do CPC), a decisão monocrática do relator (art. 557 e 557 §1º do CPC), entre outros. Há, ainda, a dispensa de reexame (art. 475 §3º do CPC).

4 PRECEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. SÚMULA. RATIO DECIDENDI. OBTER DICTUM

Inicialmente, não se pode confundir precedente e jurisprudência.

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento

32 STF, Pleno, MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007.

33 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 386.

posterior em casos análogos³⁴. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*, que será melhor analisado adiante).

A *jurisprudência* é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma *jurisprudência dominante* que, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. É o conceito utilizado, por exemplo, pelos artigos 557 e 557 §1º-A do CPC, para, respectivamente, negar ou dar provimento ao recurso, bem como mencionado nos arts. 120, parágrafo único, 543-A §3º, 543-C §2º, 544 §4º, II, “b” e “c”, todos do CPC.

Nos sistemas que se baseiam tradicionalmente e tipicamente no precedente, geralmente a decisão que assume caráter de precedente é uma só, contudo, em sistemas como o nosso, faz-se referência a muitas decisões.

Pode ocorrer que, de tão dominante, a jurisprudência transforme-se em um *enunciado na súmula da jurisprudência dominante de um tribunal*, largamente denominadas de *súmulas*, que é a síntese de um precedente que se transformou em jurisprudência dominante. As orientações jurisprudenciais são verdadeiras súmulas, mas recebem este nome por provir de um órgão fracionado de um Tribunal.

A súmula é o texto da jurisprudência dominante, após um procedimento para a sua consolidação perante um Tribunal, como se extrai dos arts. 476 e seguintes do CPC. A súmula da jurisprudência dominante de um tribunal é formada pelo *enunciado normativo* e pelos *precedentes*.

Nesse sentido, importante observar que o magistrado ao dirimir uma demanda criará duas normas jurídicas, uma de caráter geral e outra individual.

Esta norma geral, construída pela jurisprudência, recebe o nome de *ratio decidendi* (ou para os norte-americanos a *holding*), que está sempre localizada na fundamentação da decisão. São, a rigor, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, sem as quais a decisão não teria sido proferida como foi, ou seja, os fundamentos essenciais. Nesse sentido, mostra-se interessante uma operação mental, mediante a qual,

34 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011, p. 385.

invertendo-se o núcleo decisório, se indaga se a conclusão permanecerá a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida.

Observe-se que a *ratio decidendi*, norma geral constante da decisão deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto. Há doutrina que afirma que no sistema da *common law* a fundamentação da decisão sucessiva deverá conter expressa alusão à jurisprudência do tribunal superior ou da própria corte, cotejando o caso concreto³⁵. De igual modo, há quem afirme que os fatos tidos como essenciais para a decisão compõem a *ratio decidendi*, viabilizando o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão³⁶.

Enfim, haverá um precedente, que se reiterado vira jurisprudência, que de tão reiterada pode virar dominante e pode dar ensejo a formação de uma súmula.

Observe-se que, enquanto a norma individualizada possui apenas efeitos *inter partes*, a norma geral, utilizada como precedente, possui efeitos *erga omnes*, independentemente de manifestação judicial, podendo qualquer um ser beneficiado ou prejudicado. Assim, a norma geral firmada pelo precedente é um efeito anexo ou secundário da decisão judicial.

De igual modo, imprescindível a compreensão da diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Nem tudo que consta na fundamentação é a *ratio decidendi*, pois pode ter sido utilizado por argumentação tangenciando o ponto central, portanto, mencionado de passagem, lateralmente, consubstanciando juízos acessórios, prescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Obiter dictum (*obiter dicta*, no plural) não vira precedente, pois esse somente engloba a *ratio decidendi*, contudo, não pode ser desprezado, pois, por exemplo, sinaliza uma futura orientação do tribunal³⁷.

O voto vencido não sustenta o dispositivo, mas faz parte da fundamentação. O STJ³⁸ já afirmou ser admissível mandado de segurança

35 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 171.

36 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 132, jun. 2009.

37 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 388.

38 STJ, MC 15.465/SC, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 28.04.2009, publicado no Informativo 382.

como substitutivo de ação rescisória nos juizados, diante da proibição do art. 59 da Lei 9.099/95, contudo o ponto central do acórdão era a competência do Juizado Especial Cível, ou seja, essa não é a posição do STJ, mas é uma sinalização.

Nesse sentido, o órgão jurisdicional não indica, expressamente, o que compõe a *ratio decidendi* - ressalvado o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 e seguintes do CPC) ou o incidente de decretação de inconstitucionalidade (art. 480 e seguintes do CPC), que tem esse objetivo³⁹. Diante disso, cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinar o precedente proceder o cotejo com o caso concreto, para extrair a norma geral que poderá ou não incidir na situação concreta.

Por fim, sendo o enunciado sumulado formado pelo texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz de casos concretos, de um texto legal, deve conter termos precisos. Sendo produzida a partir de casos concretos, o texto da *ratio decidendi* não deve conter conceito com sentido vago, do contrário pode não atingir a sua proposta, gerando mais dúvidas e dificuldades em sua aplicação.

Fredie Didier exemplifica com a crítica a Súmula Vinculante no. 11, onde se utilizam de expressões como “*fundado receio de fuga*”, “*perigo à integridade física própria ou alheia*”, afirmando que mais parece um texto legislativo⁴⁰.

5 EFEITOS DO PRECEDENTE

O precedente é um *fato*, nesse sentido, em qualquer lugar do mundo que haja decisão judicial ocorrerá tal fato, contudo, os efeitos jurídicos de tal fato variarão de acordo com o direito positivo, independentemente da manifestação do órgão jurisdicional, justamente por decorrerem da opção legislativa. Nesse sentido, por ser uma decorrência legal, trata-se de um efeito anexo da decisão judicial. Há países que desprezam os precedentes, há países que dão total relevância⁴¹. No Brasil, do precedente pode se extrair alguns efeitos:

- (i) *Efeito persuasivo*: é um efeito mínimo do precedente, o de convencer o julgador. Nesse sentido, por exemplo, quanto

39 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. JusPodium, 2007. p. 235.

40 Ibidem, p. 402.

41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6.ed. JusPodium, 2011. p. 392.

mais elevado hierarquicamente o órgão prolator, maior será sua força persuasiva. É um indício de uma solução razoável e socialmente adequada, podendo ser observado no art. 285-A, do incidente previsto no art. 476 a 479, dos embargos de divergência (art. 546), bem como do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, III, “c” da CR/88);

(ii) *Efeito impeditivo ou obstativo da revisão das decisões*: existem precedentes que, se observados, impedem sua discussão através de recurso, como as súmulas do STJ ou do STF (art. 518 §1º do CPC)⁴², impedir o reexame necessário (art. 475 §3º do CPC), impedir a revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC;

(iii) *Efeito vinculante*: alguns precedentes vinculam e, obrigatoriamente, devem ser observados, pois ostentam uma eficácia normativa. No sistema da *common law* essa é a regra. As súmulas vinculantes, produzidas pelo STF (art. 103-A da CR/88), de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Observe-se que a súmula vinculante determina não só a norma geral do caso concreto, como impedem também o recurso.

6 PRECEDENTES DECLARATIVOS E CRIATIVOS

No que se refere ao conteúdo do precedente, esse pode ser *declarativo* e *criativo*. Na *primeira* hipótese somente se reconhece e aplica uma norma jurídica previamente existente, como na hipótese onde somente aplica uma súmula vinculante ou quando é dado provimento a um recurso com base no art. 557 §1º-A do CPC. No *segundo* caso, o precedente cria e aplica uma norma jurídica, suprimindo uma lacuna legislativa ou declarando uma cláusula geral, que lhe permite agir discricionariamente na solução do caso concreto, como na mencionada Súmula 299 do STJ ou, ainda, na

42 Cumpre registrar que, no Brasil, majoritariamente, a súmula impede somente o recurso de apelação. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 80. Em sentido contrário, aplicando a todos os recursos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47-48.

propalada decisão onde o STF⁴³ admitiu o reconhecimento de uniões homoafetivas no Brasil.

7 DINÂMICA DO PRECEDENTE

Analisadas as premissas acima, cumpre enfrentarmos a sua dinâmica, ou seja, como que um precedente pode ser superado ou afastado. São duas as técnicas que compõe a dinâmica do precedente, uma confrontando, outra superando.

7.1 TÉCNICAS DE CONFRONTO DO PRECEDENTE

7.1.A - DISTINGUISHING. RESTRICTIVE E AMPLIATIVE DISTINGUISHING

Para que o precedente ou a súmula não sejam adotados, se mostram necessários alguns fatores.

Como visto, um precedente origina-se de um caso concreto e, para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele⁴⁴. De igual modo, depois desse cotejo inicial, deverá ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*).

Esta comparação e eventual distinção entre os casos leva o nome técnico de *distinguishing* (ou *distinguish*)⁴⁵, haveria um *distringuishing* método e resultado. Cumpre registrar que não há como se aplicar um precedente sem antes realizá-lo, ou seja, usar um método de interpretação do precedente. Até mesmo para a aplicação de súmulas deve ser feita esta comparação, analisando-se se o caso parâmetro se assemelha ao caso em discussão.

Nessa linha, fala-se em *distinguishing* quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente,

43 STF, Pleno, ADIN 4277 e ADPF 132, rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 04 e 05.05.2011.

44 Ressaltando a necessidade de cotejo com o caso concreto: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 171.

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

seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente⁴⁶.

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringí-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, *restrictive distinguishing*.

De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à hipótese *sub judice* a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Tal técnica sepulta, definitivamente, a idéia de que o juiz, diante de um sistema de precedentes, se torna um robô, sem qualquer opção, a não ser aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional. Observe-se que o magistrado somente ficará “engessado” se preferir não exercer a função externa da motivação, extremando os seus motivos de decidir, interpretando a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese normativa, bem como verificando a adequação da situação posta ao precedente.

7.2 TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE: *OVERRULING* E *OVERRIDING*

Há, basicamente, duas técnicas para se superar um precedente: *overruling* e *overriding*.

Ocorre o primeiro quando há uma superação total do precedente, o que pode acontecer tranquilamente, sendo esta a diferença entre o precedente e a coisa julgada, uma vez que esta é indiscutível, somente podendo ser revista, basicamente, por rescisória. O precedente, por seu turno, pode ser revisto a qualquer tempo, embora isto não costume acontecer com muita frequência. É possível a revisão de um precedente sempre que houver novos argumentos, criando-se um novo precedente. Tal instituto se assemelha a uma revogação total de uma lei pela outra.

46 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed. JusPodium, 2011. p. 402-403.

Novamente vem a tona a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Para ocorrer o *overruling* exige-se uma carga maior na fundamentação, trazendo argumentos até então não enfrentados, bem como a necessidade de se superar o precedente.

O *overruling* pode se expresso (*express overruling*), quando tribunal resolve expressamente adotar nova orientação, abandonando a anterior. Pode ser tácito, denominado de *implied overruling*, quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última.

No Brasil não se pode falar em *implied overruling*, somente o *express overruling*, pelo menos no que se refere às súmulas vinculantes, mediante o devido processo legal estabelecido, como se observa do incidente de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, previsto no art. 103-A §2º da CR/08, regulamentado pela Lei 11.417/06. Contudo, nada impede que, diante de um caso concreto, sejam aplicadas as técnicas do *restrictive distinguishig* ou do *ampliative distinguishig*⁴⁷. De igual modo, há diversas possibilidades do interessado se valer dessas técnicas, como, por exemplo, no manejo de um agravo interno, da apelação contra a decisão do art. 285-A, do agravo de instrumento da decisão que impede o processamento da apelação, com base no art. 518 §1º do CPC.

Quando há o *overruling* de um precedente que já está bastante consolidado, firmado há muitos anos, é preciso conciliar a possibilidade de sua superação com a boa-fé objetiva e a confiança depositada no precedente. Nesse sentido, a superação de um precedente que já estava consolidado não deve ter eficácia retroativa, para preservar as situações consolidadas. Este *overruling ex nunc* é chamado *overruling prospectivo*.

A opção judicial pela superação de uma jurisprudência é medida séria e deve respeitar as expectativas de particulares. Ainda que uma orientação jurisprudencial não seja oriunda da mais elevada instância, ela poderá ser suficiente para justificar a proteção da confiança⁴⁸.

Para se cogitar em *overruling ex tunc (retrospective overruling)* o precedente deve ser recente e não consolidado, pois ainda não haveria para gerar uma confiança no enunciado. Assim, em regra, uma súmula

47 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. JusPodium, 2007. p. 410

48 ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 247.

somente pode ser superada com efeitos *ex nunc*, pelo fato de sua edição gerar a confiança das pessoas.

Pode ocorrer, ainda, o *antecipatory overruling*, que é uma espécie de não aplicação preventiva por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores, justamente por essa, em recentes decisões, ter sinalizado que irá superar os seus precedentes.

O *overriding* ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei.

Não se pode confundir a técnica de confronto e superação do precedente com o denominado *reversal*, onde há somente a reforma no julgamento do recurso, sendo alterado pelo órgão *ad quem* o entendimento do órgão *a quo*.

Novamente, cumpre registrar que o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Nessa feita, permite a inafastável flexibilidade do ordenamento jurídico da *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito⁴⁹.

8 DISTINÇÃO ENTRE EFICÁCIA VINCULATIVA DO PRECEDENTE, EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO E COISA JULGADA

Por fim, alguns efeitos jurídicos merecem destaque, principalmente para aspectos didáticos, não podendo ser confundidos, portanto, necessitando de boa delimitação sob os seguintes aspectos: limite objetivo, limite subjetivo e técnicas de controle.

8.1 COISA JULGADA

A coisa julgada atinge a parte dispositiva do julgado (art. 467, 469 e 458 do CPC), através do denominado *limite objetivo* da coisa julgada (art. 473 e 474 do CPC), criando uma norma jurídica individualizada (art. 468 do CPC). Como afirmado popularmente, “*fazendo lei entre as partes*”, portanto, pelo menos como regra, ostenta eficácia *inter partes*,

49 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004. p.141 *et seq.*

consagrado através do tão propalado *limite subjetivo* da coisa julgada (art. 472 do CPC).

Nesse sentido, pode ser *controlada* por instrumentos como a rescisória (art. 485 do CPC), a *querela nullitatis* (art. 475-L, I do e 741, I do CPC), desconstituição da sentença inconstitucional (art. 475-L §1º do CPC), correção de erro material (art. 463 do CPC), entre outros mecanismos.

8.2 EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO

A eficácia da intervenção possui como *limite objetivo* a fundamentação de fato e de direito da decisão, estando *limitada subjetivamente* ao assistente simples (art. 55 do CPC), podendo ser *controlada* pela *exceptio male gesti processus* (art. 55, I e II do CPC).

É inequívoco que o sublocatário será atingido de alguma forma por eventual sentença de despejo do seu sublocador (locatário na ação original), não sendo dado aquele discutir, em outra demanda, se houve ou não inadimplemento por parte desse. De igual modo, tendo sido reconhecido que o sublocador deu destinação diversa ao imóvel, ao sublocatário não será dado rediscutir se a destinação foi ou não diversa, contudo, poderá provar que tal transformação não ocorreu diante de má condução do processo pelo locatário (*exceptio male gesti processus*). Isso não é ser atingido pela coisa julgada. É ser atingido pelos seus efeitos da sentença como denominada a doutrina e, para isso, *não precisa participar do processo*, pois seria um efeito reflexo da coisa julgada produzida em relação ao sublocador.

Nessa linha, é voz comum na doutrina a afirmação de que a coisa julgada não atinge o assistente simples, mas os efeitos da sentença podem atingí-lo. A explicação é clara e inequívoca: o assistente simples não é titular da relação jurídica material discutida, ou seja, não foi o seu direito que foi julgado⁵⁰.

Nesse sentido, vale a transcrição:

Significa que o assistente simples não poderá posteriormente pretender rediscutir os motivos que serviram de fundamento à sentença do processo onde interveio, salvo a ocorrência de uma das hipóteses disciplinadas nos dois incisos do art. 55. A ‘justiça da

50 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

decisão', assim, vincula o assistente aos *motivos* da sentença, embora não fique ele sujeito a *imutabilidade* da parte dispositiva da sentença, como próprio de atuação da coisa julgada⁵¹.

Os efeitos da sentença (eficácia da intervenção) tangenciam a coisa julgada e seus limites subjetivos, mas com ela não se confunde⁵².

Tal eficácia da intervenção é, a um só tempo, mais e menos rigorosa que a coisa julgada. É *mais rigorosa* porque enquanto a coisa julgada apenas incide sobre o dispositivo (art. 468 e 469 do CPC), a eficácia da intervenção abrange também a fundamentação, pois impede a rediscussão. Noutra giro, é *menos rigorosa*, porque a coisa julgada é, ao menos em regra, definitiva, não podendo ser afastada; enquanto a eficácia da intervenção admite a alegação da *exceptio male gesti processus*.

Assim, por exemplo, tendo o tabelião intervindo como assistente simples no processo onde se buscou, contra o Estado, a anulação de uma escritura por aquele lavrada, em razão da ocorrência de coação, posteriormente, em eventual ação regressiva contra o tabelião, esse não poderá discutir a ocorrência da coação, pois a eficácia da intervenção é *mais abrangente* (alcançando tal fundamentação), todavia, é *menos rigorosa*, pois pode ser afastada com mais facilidade do que a coisa julgada, pois basta a prova da má gestão processual.

8.3 EFICÁCIA VINCULATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

O precedente possui um *limite objetivo* exarado por meio da *ratio decidendi*, que é a norma jurídica geral constante da fundamentação da decisão, bem como, *subjetivamente* produz uma eficácia *erga omnes*.

No que se refere aos *instrumentos de controle*, há, como visto, formas *preventivas* de controle, como a intervenção do *amicus curiae*, colaborando para a formação do precedente, como nas hipóteses do art. 482 §§1º, 2º e 3º, no art. 543-A §6º e 543-C §4º do CPC, bem como há formas *repressivas*, como mecanismos de superação do precedente, como o *overruling* e *overriding*, como previsto no art. 3º da lei 11.417/06.

51 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Intervenção de terceiros* – questões polêmicas, 2001. p. 26.

52 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.

9 APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO ATUAL CPC⁵³

Já há em nosso atual CPC, trazidas por sucessivas reformas, inúmeros mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência do nosso sistema dos ditames da *common law* e, mesmo sem previsão expressa, não vemos óbice a aplicação das técnicas de confronto e superação dos precedentes acima expostas.

Nesse sentido, diante da redação do art. 518 §1º do CPC, interposta apelação contrária a súmula do STJ ou STF, o magistrado, naturalmente, irá inadmiti-la; dessa decisão será cabível agravo de instrumento, como se extrai do art. 522 do CPC, que ao chegar ao Tribunal será julgado por uma decisão monocrática do relator, na forma do art. 557 do CPC. Nesse sentido, caso o relator considere que a interposição do agravo é uma mera repetição de idéias já superadas buscando, somente, protelar o processo deverá, no mínimo, imputar ao recorrente litigância de má-fé, nos termos do art. 17, VI e VII do CPC⁵⁴, ainda que resulte em *reformatio in pejus*, que em regra é vedado.

Creemos que diante de tais particularidades, a única alternativa que resta ao agravante é utilizar-se de algumas das técnicas acima mencionadas, exigindo um confronto minucioso das circunstâncias do caso *sub judice* e da *ratio decidendi* firmada na súmula do STJ ou do STF, buscando um *distinguishing* ou, até mesmo, um *overruling* ou *overriding*.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no julgamento do agravo interno, com base no art. 557 §1º do CPC, onde o relator utilizou-se da jurisprudência dominante para dar ou negar provimento ao recurso. Observe-se que o ordenamento, com intuito de desestimular o manejo temerário do agravo interno, previu, inclusive, multa como se extrai do art. 557 §2º do CPC. Nessa hipótese, cremos que ao mencionado agravo somente não pode ser aplicada tal multa se o recorrente estiver se valendo das técnicas de confronto e/ou superação do precedente.

De igual modo, as mencionadas técnicas não estão limitadas aos Tribunais. Na hipótese do juízo de primeiro grau aplicar o art. 285-A, julgando improcedente de maneira liminar a demanda, na respectiva

53 Sobre o tema recomenda-se a leitura de GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

54 CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.79.

apelação é admissível um eventual *distinguishing*, ou até mesmo um *overruling* ou *overriding*.

Somente desse modo a jurisprudência não engessará o ordenamento jurídico, porque, diante de novas necessidades sociais se evidenciará as diferenças, impulsionando o Judiciário a evoluir, não se apegando a fórmulas ou paradigmas ultrapassados. A estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

Assim, firmadas tais premissas, vejamos os principais argumentos que podem ser suscitados para a superação ou confronto dos precedentes vinculantes: (i) quando o caso concreto não se subsume a tese jurídica consagrada na hipótese normativa consolidada na jurisprudência; (ii) fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram os Enunciados da súmula do STF/STJ; (iii) se houver conflito entre os Enunciados do STJ ou do STF; ou, (iv) se houver conflito entre um Enunciado e uma jurisprudência dominante⁵⁵.

10 DA AUSÊNCIA DE UMA TEORIA DO PRECEDENTE, BEM COMO DE TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO NO NOVO CPC

O Projeto do Novo CPC, seguindo a evolução doutrinária e legislativa sobre o tema, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência. Essa proposta, inclusive, é explícita, como se extrai da Exposição de Motivos do PLS 166/10, afirmando buscar a conformação da legislação com a Constituição, fazendo uma “*verdadeira sintonia fina*”, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

Vejamos um pequeno enxerto:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas de sua conduta.

55 Um bom exemplo de tal conflito ocorreu quando o STJ, por meio do seu Enunciado n° 343, defendia a tese de que era imprescindível a presença de advogado em todas as fases de processo administrativo disciplinar, porém, o STF já entendia de maneira diversa, tendo inclusive publicado a Súmula Vinculante n° 5 sobre o assunto.

Assim, o livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, contudo, não pode permitir distorções do princípio da legalidade e à própria idéia de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intransigência social e descrédito do Poder Judiciário.

Há, ainda, vários outros dispositivos que regulamentam a jurisprudência, sempre de modo disperso pelo projeto, contudo, seguindo a receita do atual CPC, sem coesão e organização. Um ponto é inegável, ainda que não tenha sido realizada de maneira mais organizada, avançou-se, criando hipóteses inéditas. Vejamos algumas.

Passa-se a admitir o deferimento de tutela da evidência, sendo dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante (art. 285, IV do Projeto).

Pretende-se esclarecer melhor as hipóteses de indeferimento liminar da petição inicial. Há, atualmente, indeferimento puramente processual (art. 267, I do CPC/73) ou ligado a questões de mérito (art. 285-A e art. 269, IV c/c 295, IV do CPC/73). O projeto reserva ao art. 317 hipóteses de “*rejeição liminar da demanda*”, onde, independentemente de citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se: *I – manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos; II – o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.*

Regulamenta-se, no título relativo ao “*processo nos tribunais*”, o dever dos mesmos velarem pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência (art. 847), editando, sempre que possível, enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante (inciso I), determinando-se que os órgãos fracionários sigam a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem (inciso II), que a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal oriente as decisões de todos os órgãos a ele vinculados, bem como tais tribunais e juízos singulares observem a jurisprudência do STF e dos tribunais superiores, entre outras disposições inerentes à teoria do precedente.

Há, ainda, regulamentação da jurisprudência nos arts. 853, 865, 895 a 906 e 956 a 959.

Outro ponto positivo, digno de nota, é a atenção dispensada na modulação da jurisprudência para a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, prestigiando o interesse social e a segurança jurídica, como se observa do art. 847, V do Projeto.

De igual modo, para a mudança de entendimento sedimentado exige-se uma fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas, franqueando, inclusive, a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Como afirmando acima, percebe-se que se está perdendo uma boa oportunidade⁵⁶; cedo ou tarde a legislação será alterada, justamente pela necessidade de uma melhor organização das técnicas para se confrontar e superar os precedentes. Tudo, atualmente, com a máxima venia, é feito de maneira empírica.

O projeto regulamenta, apenas, a jurisprudência. Tudo no Novo CPC é jurisprudência, sem distinguir de precedente, jurisprudência dominante, súmula, decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling*, *overriding*, *distinguishing*.

Não se cogita, sequer, na diferenciação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*, não obstante se estimular a publicação de enunciados sumulares, contudo, não se estimula a investigação das circunstâncias do caso ou dos casos que levaram a sua edição, o que deveria ser indissociável. A norma jurídica geral, consagrada na súmula, somente subsiste se atrelada as circunstâncias concretas que a motivaram.

Enfim, o ideal seria que se alterasse o Capítulo I do Título I (“Dos processos nos tribunais”), realizando-se uma melhor organização e avanço no tema. Infelizmente, ao analisar o “Novo” CPC fica a impressão de se estar lendo o CPC de 1973, melhor organizado.

⁵⁶ Valho-me, aqui, das palavras de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 145, que afirma “agora é o momento de a ciência processual dar mais um salto de qualidade nessa linha evolucionista, fornecendo os instrumentos para que a desejada isonomia de todos perante a lei seja uma garantia real e não apenas formal;...”.

11 CONCLUSÃO

Percebe-se, diante de tudo que foi afirmado, que nosso ordenamento, indiscutivelmente, está em nítida mudança, abandonando um pouco das clássicas premissas do sistema da *civil law*, rendendo-se às influências da teoria do *stare decisis*.

Observe-se que para tal mudança não se necessitou de um Novo CPC, contudo, como se escolheu refazê-lo, é uma boa oportunidade para uma verdadeira evolução na qualidade do trato a matéria.

Para o operador do direito fica a impressão de que se está adotando uma teoria dos precedentes aos poucos, sorrateiramente. As mudanças, realmente, necessitam de ser aos poucos, contudo, pelo menos desde a EC 45/04 já se debate, abertamente, sobre súmulas vinculantes e temas correlatos. Nesse sentido, não se justifica criar um Novo CPC e não se aproveitar a oportunidade para melhor regulamentar o tema, afirmando-se, por exemplo, quando a fundamentação tem o condão de ter eficácia vinculante, ou seja, quando realmente for uma *ratio decidendi*.

Cumpra registrar que não é somente o sistema da *civil law* que está se aproximando do sistema da *common law*, há relatos doutrinários que afirmam que países da *common law*, como a Inglaterra, tem buscado soluções para suas deficiências em técnicas adotadas em países da *civil law*⁵⁷.

O processo deve estar aberto ao diálogo, principalmente utilizando as experiências de outros sistemas, justamente para uma troca de experiências. Assim, não adianta se criar barreiras jurisprudenciais sem as respectivas técnicas de superação e confronto. O debate sempre é salutar, pois gera a evolução, impedindo a concretização de uma tese jurídica. Não se pode cogitar em Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente, referindo-me à ordenamento legislativo e o produzido pelos Tribunais.

57 GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4. Afirmando que no sistema da *civil law* existe referência à jurisprudência, bem como na *common law* há amplo uso da lei escrita: TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 709, 2007.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 11.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: Tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Intervenção de terceiros – questões polêmicas*, 2001.

_____. *Curso Sistematizado de direito processual civil 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 17. ed. inteiramente revista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 15. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 11. ed. Jus Podivm, 2009.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6. ed. JusPodium, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. cit. n. 13.
- GODINHO, Robson Renault. Ministério Público como assistente simples – o interesse institucional como expressão do interesse jurídico. *Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1.
- _____. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.
- MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência*. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br>>, acesso: em 16.06.2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>.

PORTANOVA, RUI. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I, 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino, Salvador: Jus Podivm, 2009.

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

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Revista Trimestale de Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.

