

Sistema de Precedentes e a Experiência Brasileira

De alguns anos para cá, e mais especialmente após a edição da Lei nº 13.105/15, que trouxe a lume o novo CPC, nós, profissionais do Direito, temos debatido mais acentuadamente a adoção do sistema de precedentes no Brasil. Entretanto, a menção a precedentes, na verdade, é muito antiga no ordenamento jurídico brasileiro. O Decreto n. 848, de 1890, que disciplinava a Justiça Federal (revogado em 1991), em seu art. 386, enumerava os recursos dos quais os magistrados deviam lançar mão para resolver casos omissos, e entre eles estavam “*Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal*”¹.

Nosso ordenamento jurídico sabidamente adveio da *civil law*, enquanto os precedentes têm aplicação marcadamente na *common law*. Será isso um empecilho à utilização dos precedentes? Se não, em que medida pode resultar em dificuldades na sua utilização?

A diferença básica entre ambos os sistemas tem origens históricas² e consiste em que na *civil law*, a fonte do Direito, por excelência, é a lei, a regra escrita, positivada. Portanto, a criação do Direito reserva-se ao Poder Legislativo. Já no sistema da *comon law*, a fonte primordial do Direito são os costumes, a regra não escrita, utilizados no julgamento dos casos, para fazer a Justiça no caso concreto e que, ao ser assim de certa forma positivada, serve de parâmetro para o julgamento dos casos futuros assemelhados. Aqui as decisões precedentes são fontes do Direito, o julgador tem também o papel de criar o Direito. Claro que há outras diferenças, as quais podem ser devidamente consultadas pelos interessados nas obras que abordam o assunto.³

Observa-se hoje que ambos os sistemas têm se aproximado, não sendo mais tão rígida essa distinção. Grande número de leis e regras escritas têm sido adotados nos países de tradição da *common law*, ao passo que os países alinhados à *civil law* têm aceito com mais intensidade, tal como se deu no Brasil, a jurisprudência e mais especificamente os precedentes, como fonte do Direito, tanto quanto a norma

¹ Fredie Didier Junior, citado por Oliveira, Weber Luiz de, Precedentes Judiciais na Administração Pública, Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 60.

² Luvizotto, Juliana Cristina, Precedentes Administrativos & a Vinculação da Atividade Administrativa, Curitiba, Juruá Editora, 2017, Capítulo 1.

³ A respeito podem se consultar por exemplo, Oliveira, Rafael Carvalho Rezende de, Precedentes no Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 2018; Luvizotto, Juliana Cristina, ob. cit., Oliveira, Weber Luiz de, ob. cit.

escrita.⁴

E o que vem a ser exatamente o precedente? Pode-se dizer que precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de outro julgamento posteriormente proferido.⁵ Os precedentes são decisões judiciais que enunciam regras ou princípios jurídicos respeitados (ou que devem ser respeitados) em casos futuros. Daí se extrai que nem toda decisão judicial constitui verdadeiramente um precedente. A decisão judicial que simplesmente aplica uma decisão anterior, ou o texto literal da lei sem proceder a acréscimo interpretativo relevante do texto legal para solução do caso, não configura precedente.⁶

Os precedentes não se confundem com jurisprudência, nem com súmula. A jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido, sobre uma mesma matéria, proferidas por um Tribunal. É formada por precedentes e meras decisões. Já a súmula é a consolidação objetiva da jurisprudência. Quando o Tribunal reconhece já ter uma posição majoritária a respeito de determinada questão jurídica, tem o dever de formalizar o entendimento, através de um enunciado.⁷

Apesar da aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law* já referida, a utilização dos precedentes nos países que adotam esses sistemas tem sido diferente.⁸

Em rápidas linhas, nos países da tradição da *common law*, ao deparar-se com um caso, o magistrado examina se há decisões anteriores versando sobre questão idêntica ou semelhante, em que os fatos da causa sejam também similares e delas ou dela extrai a regra jurídica que foi aplicada como razão de decidir (a *ratio decidendi*⁹) para aplicá-la igualmente ao caso que tem em mãos. Assim, o

⁴ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende de, ob. cit., p. 31.

⁵ Neves, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, Salvador, Jus Podivm, 2017, p. 1389.

⁶ Advertência de Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, ob. cit., p. 43 e 44.

⁷ Conceitos formulados por Neves, Daniel Amorim Assumpção, ob. cit. p. 1390. Cabe aos Regimentos Internos dos Tribunais definir os pressupostos e a forma para a edição de súmulas, na dicção do art. 926, § 1º do CPC/15.

⁸ A respeito desta aproximação, Luvizotto, Juliana Cristina, adverte que apesar da aceitação, pelos países adeptos da *civil law*, de que “os precedentes podem ser utilizados para fundamentação de decisões futuras, posto que não se destinarão a criar ou a substituir leis, ora persistem argumentos que deixam de reconhecer efeitos jurídicos aos precedentes, ora se utilizam as decisões anteriores somente para produção apenas de uma norma genérico-abstrata, própria do pensamento normativista, como são as súmulas. Dessa forma, ou não se utiliza efetivamente o precedente ou minimiza-se a sua importância, reduzindo-os a uma função meramente retórica ou acessória na decisão”, ob. cit. p. 56

⁹ A *ratio decidendi* difere dos argumentos *obiter dicta* (*obiter dictum* no singular), que promovem um reforço em favor da decisão tomada porém podem ser deixados de lado sem que a decisão se

magistrado primeiramente faz um juízo de verossimilhança entre os fatos apreciados no precedente e aqueles do caso que deve decidir. Concluindo por sua identidade ou semelhança, utiliza a mesma regra jurídica aplicada no precedente para decidir o caso em análise. Vê-se assim, que o precedente não nasce precedente. Só posteriormente, ao ser utilizado como base da decisão de casos posteriores, é que assume tal característica.

Nos países de tradição da *civil law* os precedentes (no sentido aqui de meras decisões anteriores) são utilizados apenas com força persuasiva, como um reforço da argumentação expendida pelo magistrado ao decidir o caso concreto. E no Brasil, interessante notar que, por força do que ditam a Constituição e o CPC/15, o precedente, por assim dizer, já nasce precedente, vale dizer, a Corte, ao decidir determinados casos já sabe que aquela decisão deverá ser utilizada como precedente (vinculativo). Portanto, deve examinar o caso amplamente, de forma mais abrangente possível.¹⁰

Além disso, aqui a força vinculativa dos precedentes decorre da norma, isto é, da Constituição e da lei (Código de Processo Civil), que assim estabelecem. Temos precedentes vinculantes desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, que os inseriu na CF, nos artigos 102, § 2º e 103-A. E atualmente a eles faz referência também o Código de Processo Civil de 2015, no artigo 927, que enumera as decisões que assumem o caráter de precedentes vinculantes e art. 988, que estabelece as medidas judiciais próprias a corrigir as decisões que deles se afastam.

As medidas que podem ser utilizadas para forçar a aplicação do precedente ao caso determinam o grau de sua força vinculante. Assim é que se fala em eficácia vinculante forte, média ou fraca.¹¹

A primeira decorre da possibilidade de se utilizar a reclamação aos Tribunais Superiores como forma de corrigir a divergência apresentada por qualquer decisão judicial com o precedente; diz-se que o precedente tem eficácia vinculante média quando a sua não utilização comporta a reclamação, mas somente após o exaurimento das instâncias ordinárias; a eficácia vinculante fraca se dá nas situações em que a correção do desrespeito ao precedente só pode dar-se pelos meios recursais ordinários, não se admitindo o uso da reclamação.

modifique, porque o seu fundamento principal, a *ratio decidendi*, é outra.

¹⁰ Luvizzoto, Juliana Cristina, examina ambos os institutos – precedente e súmula vinculante – para dizer que eles não se confundem. Ob. cit., p. 61 a 63. Neste texto, contudo, estamos desconsiderando tal diferenciação e adotando os termos como sinônimos.

¹¹ Classificação adotada por Oliveira, Rafael Carvalho Rezende de, ob. cit., p. E também por Assumpção, Daniel Amorim, o qual todavia refere-se, com o mesmo sentido, a eficácia vinculante grande, média e pequena. Ob. cit. p. 1404.

Cabe também referir que a vinculação do precedente pode dar-se em nível horizontal ou vertical, conforme a direção em que se manifesta. Diz-se que é vertical quando os Tribunais e órgãos inferiores àquele que o editou, também devem observá-lo, e horizontal quando cabe ao próprio Tribunal que o editou, respeitá-lo.

Já no tocante à eficácia espacial dos precedentes, é admitida a classificação segundo a qual há precedente com eficácia externa e interna. A primeira ocorre quando órgãos e entidades que integram outro Poder devem respeitá-lo, e não apenas os integrantes do próprio Poder que o elaborou¹²; a eficácia interna significa que o precedente tem aplicação obrigatória apenas pelos órgãos e entidades integrantes do próprio Poder que o editou.

Eventualmente, é possível ao magistrado, utilizando-se do *distinguishing*, deixar de aplicar o precedente vinculante. Para isso, deve demonstrar que os fatos e circunstâncias do caso em exame diferem em pontos relevantes daquele que foi examinado e julgado no precedente, e justificam adotar-se solução também diversa. Nesse caso, o precedente mantém-se íntegro, mas não é aplicado no caso concreto.

Porém, podem ocorrer outros fatores que demandem a superação do precedente. Pode ser que ele venha de encontro à nova legislação que veio de ser editada, ou mesmo esteja em choque com mudanças sociais, econômicas ou políticas verificadas no país. Reconhecendo tais circunstâncias, o Tribunal de origem do precedente, ou outro que lhe seja superior, pode superá-lo mediante sua adaptação ou revogação.

A essa altura ainda cabem algumas indagações. Por que adotar o sistema de precedentes? Apresentaria, tal sistema, vantagem em relação à decisão com base unicamente na interpretação da lei?

A resposta é: garantia de tratamento mais isonômico entre os jurisdicionados, coerência, estabilidade e previsibilidade na aplicação do Direito; em suma, segurança jurídica. Com o uso dos precedentes, para situações iguais ou assemelhadas aplica-se a mesma solução jurídica, afastando-se a utilização de entendimentos e soluções diversas, a depender do magistrado que examina o caso. Com isso, afasta-se o arbítrio judicial puro e simples e garante-se a coerência do sistema e a sua previsibilidade, levando os cidadãos a se comportarem de modo a colocarem-se ao abrigo do entendimento manifestado no precedente. O sistema de precedentes revela ainda, uma economia no processo decisório e transparência, além de inspirar confiança.

¹² Decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, assim como os enunciados de Súmula Vinculante obrigam, além dos órgãos do Poder Judiciário, a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º e 103-A da CF).

Como consequência prática da utilização do sistema de precedentes espera-se diminuir o tempo de resolução das demandas judiciais e até mesmo impedir o ajuizamento de ações para as quais a solução já esteja definida em precedente vinculante, com isso, atendendo-se ao princípio da eficiência.

Não obstante, apontam-se também algumas desvantagens na adoção do sistema de precedentes. Entre elas, a vulneração da garantia de independência do juiz e do princípio da separação dos poderes, e o engessamento da jurisprudência.

No que se refere à cristalização da jurisprudência, viu-se acima que há técnicas que permitem a sua adaptação, admitindo-se não aplicar o precedente no caso concreto (*distinguishing*) ou mesmo cancelá-lo (*overruling*). Portanto, ao menos nesta questão, as críticas parecem improcedentes.

Veja-se que são pilares do novo CPC, a estabilidade e segurança das decisões judiciais, a isonomia e a celeridade no Poder Judiciário. A adoção de precedentes pelo CPC é o ápice de uma tendência que já vinha de alguns anos e da qual decorreram a súmula impeditiva de recursos, a exigibilidade da repercussão geral no recurso extraordinário, a adoção do julgamento dos recursos especiais e extraordinário segundo o rito dos recursos repetitivos e a súmula vinculante.¹³

Hoje, ao proferir suas decisões, os juízes e Tribunais, segundo o art. 926 do CPC, devem necessariamente observar:

- as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
- os enunciados de súmula vinculante (art. 103-A da CF);
- os acórdãos em incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas;
- os julgamentos de recurso extraordinário repetitivo e julgamentos de recurso especial repetitivo;
- enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional;
- enunciados das súmulas do STJ em matéria infraconstitucional;
- a orientação (vale dizer, decisões) do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁴

Interessante observar que o CPC exige, na edição de enunciados de súmula da jurisprudência dominante, que os Tribunais se atenham às circunstâncias fáticas dos precedentes que levaram à sua criação (art. 926, § 1º), numa aproximação do

¹³ Nogueira, Luiz Fernando Valladão, Recursos e Procedimentos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil, 2ª. Ed., Belo Horizonte, Editora D'Plácido, 2016, p. 155.

¹⁴ Os requisitos e procedimento de cada uma das ações ou incidentes que levam ao estabelecimento destes precedentes são peculiares e não serão objeto deste texto. Podem ser consultados a respeito, por exemplo, Neves, Daniel Amorim Assumpção, ob. cit., p. 1390, e Nogueira, Luiz Fernando Valladão, ob. cit.

conceito de precedentes conforme a *common law*.

O precedente precisa ser também muito claro na exposição da *ratio decidendi*. É que a decisão pobre em motivação termina não delineando bem o direito e, assim, ensejando novas discussões, ou seja, mais litígio.

É possível a alteração das decisões acima enumeradas. Entretanto, atento aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da isonomia, admite o CPC, a modulação dos efeitos da nova decisão, que deverá também ser adequada e especificamente fundamentada (art. 927, §§ 3º e 4º). Aliás, a fundamentação adequada deve constar também tanto da decisão que aplica o precedente, quando daquela que rejeita sua aplicação ao caso concreto (arts. 489, § 1º, inc. V e VI).

As decisões que se afastam dos precedentes podem ser questionadas mediante diferentes meios. O mais forte e expedito deles é a reclamação, que consiste em mecanismo por excelência de pacificação da jurisprudência e vem prevista no art. 988 do CPC. Em alguns casos, pode ser utilizada diretamente: contrariedade a súmulas vinculantes, decisões do STF em controle de constitucionalidade, no incidente de resolução de demandas repetitivas e no incidente de assunção de competência.¹⁵ Em outros, exige o esgotamento das vias recursais ordinariamente previstas, como é o caso da ofensa a julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo, e dos precedentes do STF no julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral.¹⁶ Finalmente, há casos em que o único remédio cabível para a modificação da decisão divergente são os recursos utilizados para impugnar qualquer outra decisão: afronta à súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, decisões do plenário ou do órgão especial a qual o magistrado estiver vinculado.¹⁷

Tendo em vista as diferenças na aplicação do sistema de precedentes até aqui verificadas entre o Brasil e os países da *common law*, alguns doutrinadores vêm chamando a atenção para a necessidade de operar-se uma mudança de mentalidade nos atores da área jurídica, de molde a bem aplicar a teoria dos precedentes no Brasil, e dela extrair o máximo proveito.¹⁸

¹⁵ Arts. 927, I, II e III e 988, III e IV.

¹⁶ Arts. 927, III e 988, § 5º, II.

¹⁷ Art. 927, IV e V.

¹⁸ A respeito veja-se recente artigo publicado na Revista Jurídica Conjur (www.conjur.com.br/2019-mar-01/não-estamos-acostumados-lidar-precedentes-processualista). Também fazem referência a isso, Luvizotto, Juliana Cristina, ob. cit., p. 5556 e Oliveira, Rafael Carvalho Rezende de, ob. cit., p. 76/77.

Assim, não apenas aqueles que aplicam o Direito, vale dizer, os magistrados, quanto também os demais atores, advogados, membros do Ministério Público, da AGU, da Defensoria Pública, etc., devem aprofundar-se no estudo desse tema e ao apresentar suas questões para exame do Poder Judiciário, utilizar a jurisprudência não apenas como reforço de argumentação, mas efetivamente demonstrar a semelhança entre os fatos examinados no precedente e aqueles que estão levando a Juízo, e apresentar a *ratio decidendi* do precedente, que entendem aplicar-se ao caso concreto.