



SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

BRAZILIAN SYSTEM OF PRECEDENTS

Fabrício Rocha Bastos¹

SUMÁRIO: Introdução – Considerações gerais acerca da teoria geral dos precedentes; 1. Conceito de Precedente, Jurisprudência e Súmula; 2. Dever Jurídico de Estabilidade, Integridade e Coerência; 3. Composição do Precedente; 4. Classificação dos Precedentes; 4.1 Quanto ao conteúdo; 4.2 Quanto aos efeitos; 5. Técnicas Aplicáveis Aos Precedentes; 5.1 Técnica de confronto, interpretação e aplicação; 5.2 Técnicas de superação; 5.2.1 Overruling; 5.2.2 Overriding/Modifying; 5.2.3 – Transformation; 6. Precedentes Vinculantes ou Obrigatórios no Cpc/2015; 7. Julgamento de Casos Repetitivos; 7.1 Coletivização das demandas individuais; 7.2 Direitos repetitivos e direitos individuais homogêneos; 7.3 – Intimação dos legitimados coletivos sobre a existência de demandas repetitivas; 8. Funções Exercidas pelos Tribunais Superiores por Intermédio do Julgamento dos Recursos; 9. Conclusão; Referências.

1 - Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito na Universidade Tor Vergata/Roma. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual. Membro do International Association of Prosecutors. Pós-Graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós Graduação da EMERJ, FGV/RJ, FEMPERJ e UCAM/RJ. Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj), Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Femperj), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Fesmpmg), Liceu Ace, Mege, Master Juris, Alcance, Portal F3/RJ e Supremo –MG.



RESUMO: O presente trabalho apresenta uma abordagem teórica com alguns aspectos práticos da positivação do sistema brasileiro de precedentes. Apresenta alguns questionamentos acerca da aproximação dos sistemas da *commom Law* e da *civil Law* e quais serão as repercussões. O presente artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, apresenta os métodos de aplicação, interpretação e superação dos precedentes, bem como a problemática da eficácia temporal dos precedentes novos (criativos ou superadores dos anteriores). O principal objetivo, portanto, é a apresentação do novo sistema (nem tão novo assim!) positivado com o advento do CPC/2015. O método empregado para a elaboração foi basicamente a análise da literatura existente, com alguns estudos de casos (derivados de citações da jurisprudência). Através da análise da literatura disponível, conclui-se que a doutrina ainda se debruça sobre a melhor forma de absorver os institutos derivados do sistema de precedentes, bem como sobre a melhor forma de conceituar o próprio instituto. Ao longo da apresentação do tema, forneço algumas conclusões dentre as quais destaco a necessidade de absorção desta nova realidade em prol da segurança jurídica e da isonomia na aplicação do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Teoria Geral dos Precedentes. Sistema Brasileiro de Precedentes.

ABSTRACT: this paper presents a theoretical approach with some practical aspects of the recognition of the Brazilian system of precedent. Presents some concerns about the approach of the Common Law systems and of civil Law and what are the repercussions. This article, without the pretension of exhausting the subject, presents the methods of application, interpretation and overcoming of precedents, as well as the issue of the effectiveness of previous new temporal (creative or overcomers of the above). The main objective, therefore, is the presentation of the new system (not so new as well!) positivated with the advent of the CPC/2015. The method employed for the development was basically a review of existing literature, with some case studies (derived from citations of case law). Through analysis of available literature concluded that the doctrine still looks at the best way to absorb the previous system-derived institutes, as well as on how best to conceptualize the Institute itself. Throughout the presentation of the theme, I provide some conclusions of which I highlight the need to absorb this new reality in the interests of legal certainty and of equality in the application of the legal system.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. General Theory of Precedents. Brazilian System of Precedents.

INTRODUÇÃO – CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA GERAL DOS PRECEDENTES

O CPC/2015, nos artigos 926 ao 928, positiva a teoria geral dos precedentes em nosso ordenamento. Estas normas, ora em comento, servirão como base para aplicação de todas as demais normas derivadas da aplicação dos precedentes.²

O nosso sistema de formação e aplicação dos precedentes não gerou a adoção de todo o sistema decorrente da *commom law*. O nosso sistema aplica a teoria dos precedentes com a devida adaptação às peculiaridades e características da *civil law*. Evidentemente, o precedente não pode valer mais do que a lei.³

O principal desiderato do sistema brasileiro de precedentes é assegurar a isonomia e a segurança jurídica, na forma do artigo 926, CPC/2015, pois esta norma exige estabilidade, integridade e coerência. A segurança jurídica é elemento fundamental para aplicação da teoria dos precedentes, pois implica estabilidade das decisões pretéritas e previsibilidade das decisões futuras.

Na esteira das lições de Guilherme Rizzo Amaral, “A unidade do direito e a uniformização da jurisprudência têm como objetivo, nesse contexto, tutelar a segurança jurídica, assegurando a estabilidade do direito, a confiança legítima no Judiciário, a igualdade entre os cidadãos perante o direito, a coerência da ordem jurídica, a garantia de imparcialidade, o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos, a duração razoável do processo, a eficiência do Judiciário, dentre outros valores.”⁴

O sistema de precedentes (sistema precedentalista) positivado pelo CPC/2015 será aplicado em todos os setores da novel legislação, parte geral e especial, bem como aos demais ramos do direito processual, por aplicação subsidiária (artigo 15, CPC/2015).

Como entende parte da doutrina, o CPC/2015 criou, a bem da verdade, um microsistema de formação e aplicação de precedentes.⁵ Este microsistema é formado pelos institutos que geram a formação dos precedentes vinculantes (incidente de assunção de competência e as hipóteses de julgamento de casos repetitivos – artigos 947 e 928, CPC/2015).

Além das hipóteses de formação de precedentes vinculantes, fazem parte deste microsistema, todos os institutos correlatos, bem como as consequências jurídicas derivadas de sua aplicação. Assim, para fins didáticos, seguem os institutos que compõem o microsistema, no bojo do CPC/2015:

- a) tutela de evidência (artigo 311, II);
- b) improcedência liminar do pedido (artigo 332);

2 - Os precedentes ostentam duas dimensões: i) institucional e ii) estrutural. A dimensão institucional diz respeito à organização judiciária e ao modo como ocorre a relação de autoridade do precedente no âmbito do sistema das cortes. A dimensão estrutural refere-se ao que efetivamente constitui um precedente a fim de ser utilizado como ponto de referência para uma decisão posterior.

3 - MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo RT. 2015. p. 1242. “Note-se, aliás, que as decisões judiciais, mesmo no sistema de *commom law*, não podem “criar” a partir do nada: ao examinar um precedente, deve o juiz identificar a norma que o embasa.”

4 - AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo RT. 2015, p. 947.

5 - CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2016, p. 453.



- c) dever jurídico de fundamentação com a necessidade de maior ônus argumentativo (artigo 489, § 1.º, incisos V e VI);
- d) dispensa do reexame necessário (artigo 496, § 4.º);
- e) julgar o mérito do recurso, através de uma decisão monocrática do relator (artigo 932, incisos IV e V);
- f) necessidade do enfrentamento de todas as teses para a formação do precedente (artigos 489, § 1.º, inciso IV, 984, § 2.º, 1022, inciso II e parágrafo único, incisos I e II, 1038, § 3.º);
- g) necessidade de observar integridade e coerência para o proferimento das decisões e formação de precedentes (artigos 489, § 1.º, 926, 927, § 1.º e 1013, § 3.º);
- h) necessidade de identificação da *ratio decidendi* para aplicação dos precedentes (artigos 332, 489, § 1.º, inciso V, 932, incisos IV e V e 927, § 1.º) e
- i) utilização do *distinguishing* e *overruling* para afastar a aplicação de determinado precedente (artigos 332, 489, § 1.º, inciso VI, 926 e 927, § 4.º);
- j) ampliação do entendimento sobre interesse recursal do *amicus curiae* (artigo 138, § 3.º);
- k) cabimento de Ação Rescisória para garantia da observância dos precedentes (artigo 966, inciso V);
- l) cabimento de Reclamação para garantia da observância dos precedentes (artigo 988, inciso IV);

Além dos institutos e consequências acima, imprescindível, à luz do sistema dos precedentes, realizar uma releitura/reconstrução de algumas normas/princípios basilares de nosso ordenamento jurídico, notadamente:

- a) princípio da legalidade, no tocante à observância dos precedentes (artigo 8.º), pois estes passam a fazer parte do Direito;
- b) princípio da igualdade deverá ser analisado sob o prisma da igualdade perante as decisões judiciais (artigo 5.º, CR/88 e artigos 489, § 1.º, incisos V e VI, 926 e 927, § 1.º);
- c) princípio da segurança jurídica deverá ser analisado sob o prisma do passado ou retroativo (artigo 5.º, inciso XXXVI, CR/88), para evitar que situações jurídicas estabilizadas sejam atingidas por atos jurídicos futuros, que é sua acepção tradicional, bem como sob o prisma do futuro ou prospectivo (artigo 926) para garantir certa previsibilidade na solução dos casos concretos através do princípio da proteção da confiança ou da legítima expectativa. O elemento nuclear deste princípio é a proteção da confiança e expressa-se nos seguintes termos: i) estabilidade; ii) continuidade da ordem jurídica e iii) previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social;
- d) princípio/dever da fundamentação das decisões judiciais, que ganha ônus argumentativo maior para a formação dos precedentes, notadamente quanto à função exógena, pois

toda decisão judicial deverá conter uma fundamentação útil para servir de base para a solução dos casos futuros, através da identificação do precedente (artigo 93, inciso IX da CR/88 e artigos 489, § 1.º e 927, § 1.º). Com o advento do CPC/2015 fica ainda mais nítida a necessidade de se impor limites à fundamentação aliunde ou por referência ou per relationem. O Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do CPC/1973, já impunha limites à utilização desta forma de fundamentação⁶ e

e) princípio do contraditório (artigo 5.º, inciso LV da CR/88), que deve ser redimensionado para abranger a participação de todos os sujeitos do processo na formação da norma jurídica individualizada (artigos 7.º, 8.º, 10 e 489, § 1.º).

No presente artigo, portanto, analisaremos o sistema brasileiro de formação e aplicação dos precedentes.

1. CONCEITO DE PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

O conceito de precedente não encontra convergência na doutrina. O CPC/2015, que não fixou expressamente o conceito de precedente, diante da redação de alguns artigos, enseja diversas formas de analisar o sentido do termo. O termo é referido no artigo 489, § 1.º, incisos V e VI com o nítido propósito de diferenciá-lo de jurisprudência e súmula. Os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, conforme artigo 926, § 2.º. O artigo 927 utiliza os termos súmula, jurisprudência e tese adotada, mas faz uma referência em seu § 5.º ao termo precedente em seu sentido mais amplo para abranger súmulas e jurisprudência. A utilização do termo precedente como causa ensejadora da interposição do recurso de Agravo e o ajuizamento da Reclamação (artigos 988, inciso IV e 1042, § 1.º, inciso II), foi abandonada pelo legislador, pois a Lei 13.256/2016 revogou o referido termo.⁷

Feito o introito, passamos a análise do conceito e sentidos do termo precedente.

O termo precedente pode ser adotado no sentido de designar decisões preexistentes, decisões que foram proferidas antecedentemente a alguma outra decisão ou circunstância jurídica que deva ser levada em conta⁸. Neste sentido, precedente simplesmente significa uma decisão

6 - "DIREITO PROCESSUAL PENAL. LIMITES À FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. É nulo o acórdão que se limita a ratificar a sentença e a adotar o parecer ministerial, sem sequer transcrevê-los, deixando de afastar as teses defensivas ou de apresentar fundamento próprio. Isso porque, nessa hipótese, está caracterizada a nulidade absoluta do acórdão por falta de fundamentação. De fato, a jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação per relationem, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. Precedentes citados: HC 220.562-SP, Sexta Turma, DJe 25/2/2013; e HC 189.229-SP, Quinta Turma, DJe 17/12/2012. HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015, DJe 10/3/2015."

7 - "À luz do CPC/2015, a expressão ganha sentido distinto, embora não exista definição precisa do que seria precedente, à luz dos dispositivos que usam a expressão, no CPC/2015. No artigo 489, § 1.º, incisos V e VI, o precedente é colocado ao lado de súmula e de jurisprudência, o que revela não haver identidade entre essas figuras. No § 2.º do art. 926 do CPC/2015, dispõe o CPC/2015 que os precedentes poderão ensejar a edição de súmula, o que revela que, por precedente, está-se diante de algo que pode surgir com uma decisão. No art. 927, o CPC/2015 refere-se a súmula, jurisprudência (pacificada ou dominante) e a tese adotada, que, segundo pensamos, deve identificar-se com aquilo que se convencionou chamar de ratio decidendi. O § 5.º do art. 927 transmite a impressão de que precedente estaria sendo empregado em sentido latíssimo, para abranger julgados e súmulas (preferimos, no entanto, afastar esse modo de interpretar o dispositivo, pois em nada contribui para deixar mais claro o tema). O art. 988, IV, do CPC/2015 indica que o precedente é proferido no julgamento de caso repetitivo, algo que, segundo pensamos, deve ser empregado ao se ler o art. 1042, § 1.º, II do CPC/2015. Deve-se, à luz dos dispositivos referidos, buscar definição que ajuste-se funcionalmente aos objetivos traçados pelo art. 926, caput, do CPC/2015, no sentido de propiciar a consecução de uma jurisprudência íntegra, isso é, estável e coerente." MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1247.

8 - CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. São Paulo RT, 2015, p. 131-147.

antecedente, proferida por alguma corte, que pode conter uma similitude jurídica significativa com relação a um caso concreto que seja posterior. Por isso, não necessariamente denota força vinculante da decisão.

Para parte da doutrina, precedente somente pode emanar das Cortes Superiores (STJ e STF) e constitui “razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões”⁹

Há quem adote um conceito mais amplo de precedente afirmando que as decisões das Cortes de Justiça (Tribunais de origem) também poderão ser consideradas como precedentes, desde que decorram da resolução dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 976) e de Assunção de Competência (artigo 947).¹⁰ Tal generalização, segundo seu defensor, se mostra possível dado que as técnicas de identificação e aplicação dos precedentes e da jurisprudência vinculante oriunda de tais incidentes serão fundamentalmente as mesmas.

Para parte majoritária da doutrina, é imprescindível que a decisão judicial proferida para a solução de determinado caso concreto, ostente núcleo essencial que pode servir de fundamento/diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em outras palavras, precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.¹¹

Dentro da linha majoritária, há quem sustente que precedente pode ter os sentidos: lato, estrito¹², próprio (continente ou formal) e impróprio¹³. Em sentido lato, precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*. Este instituto será estudando em tópico adiante.

9 - MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015. p.

10 - AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 947. Este autor ressalta, contudo, [...] *que nem sempre uma decisão de tribunal superior ou de tribunal local nos incidentes referidos acima constituirá, no entanto, precedente, pois nem sempre será possível extrair-se uma razão generalizável de aplicação a outros casos concretos.*”

11 - CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, p. 425. Este autor afirma, ainda, “Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.” [...] “Deve-se destacar, aqui, que nem toda decisão judicial é precedente (mesmo que não vinculante). Só são assim consideradas aquelas decisões em que é possível estabelecer um fundamento determinante que será observado, posteriormente, com caráter vinculante ou meramente persuasivo, na formação da decisão a ser proferida em um caso subsequente.” DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 441. 2015 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611: “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.” MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ESTADO: RT, 2015, p. 1247 “[...] Tomando de empréstimo essa explicação, podemos concluir que, se um precedente judicial é uma decisão judicial, o que o torna precedente é o seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares.” [...] “Se é certo que o precedente é uma decisão, não menos correto é dizer que nem toda decisão judicial é um precedente.” [...] “Um precedente judicial, portanto, é uma decisão estabelecida em um caso jurídico anterior que seja vinculante ou persuasiva para o mesmo órgão judicial ou para outro ao decidir casos subsequentes com questões jurídicas ou fatos similares.”

12 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 441.

13 - MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 140.

Em sentido próprio, continente ou formal, precedente é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido também é o substancial ou estrito.

No sistema da *commom law*, as decisões judiciais reconhecidas como precedentes, mais do que guias interpretativos, criam o direito sem que exista um texto normativo antecedente à ocorrência da interpretação do caso concreto e, por conseguinte, passam a ser regras reconhecidas como de aplicação obrigatória.

Deve-se observar que a teoria dos precedentes judiciais do *commom law* classifica-os em precedentes declaratórios e precedentes criativos. Aqueles apenas aplicam uma regra preexistente, simplesmente porque ela já é o direito, enquanto estes criam, e aplicam uma nova regra e serão direito para os casos futuros, porque são aplicados ao caso específico.

Em nosso ordenamento jurídico, as decisões judiciais preexistentes, sejam ou não consideradas tecnicamente como precedentes, funcionam como um padrão a ser seguido, ensejando uma forma eficiente de argumentação, mesmo quando proferidas pelos Tribunais Superiores.

Insta salientar, por fim, que decisões sobre questões de fato não se constituem em precedentes. Nem todas as decisões judiciais formam precedentes vinculantes.¹⁴

As decisões de admissibilidade do processo (questões processuais), decisões de mérito, bem como as decisões de homologação de autocomposição poderão, conforme a hipótese, figurar como precedentes.¹⁵

Analisados os conceitos e sentidos do termo precedente, impende analisar o conceito de jurisprudência e súmula para que o sistema dos precedentes faça completo sentido.

A diferença primordial entre o precedente e a jurisprudência é quantitativa e não qualitativa. A bem da verdade, o aspecto quantitativo não é suficiente, pois o conjunto de decisões que forma a jurisprudência deverá ser harmônico sobre determinado tema¹⁶. Jurisprudência nada mais é do que um conjunto de várias decisões, sobre determinada matéria (direito material ou processual), proferida pelos Tribunais (de origem ou Superiores) no mesmo sentido.¹⁷ Há autores que,

14 - Enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

15 - Enunciado n. 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.

16 - “Para definirmos, inclusive, o que é jurisprudência não nos basta o critério quantitativo, pois é necessário que esse conjunto de decisões seja harmônico e que verse sobre determinado tema. Conquanto harmônico, para que um conjunto de decisões seja considerado jurisprudência é necessário o transcurso do tempo.” MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1247.

17 - “[...] Já falar de jurisprudência é falar de um grande número de decisões judiciais, que estabelecem uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica[...]” Evidentemente, porém, há ligação entre o conceito de precedente e o de jurisprudência. Afinal, a identificação de uma linha de jurisprudência constante se faz a partir do exame de um conjunto de decisões judiciais, e cada uma destas decisões poderá ser considerada, quando analisada individualmente, um precedente. Impõe-se, porém, ter claro que falar de precedente é falar de uma decisão determinada, a qual serve de base para a formação de outra decisão, proferida em processo posteriormente julgado. De outro lado, falar de jurisprudência é falar de conjunto de decisões formadoras de uma linha constante de entendimento acerca de determinado tema.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.



apesar de sustentarem a existência de distinção entre precedentes e jurisprudência, afirmam que é possível chamar de precedente “também a jurisprudência vinculante oriunda dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência”.¹⁸

A partir do momento que a jurisprudência consolida-se em determinado sentido, fixando alguma orientação sobre determinado tema, o Tribunal respectivo editará (artigo 926, § 1.º, CPC/2015) uma súmula, ou melhor, um enunciado de súmula de sua jurisprudência dominante. Portanto, a súmula, ou seu enunciado, não configura tecnicamente um precedente, mas sim um retrato da jurisprudência dominante de um tribunal. Tanto isso é verdade, que é plenamente possível a elaboração de um enunciado de súmula com lastro em precedentes diversos. A doutrina¹⁹ costuma afirmar que o proferimento de uma decisão baseada em enunciado de súmula, não é o mesmo que decidir com apoio em precedente. Entretanto, a aplicação destes enunciados deverá levar em consideração os precedentes ensejadores.

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.²⁰

Ao contrário do que ocorre na formação dos precedentes, na elaboração do enunciado de súmula não há a participação direta das partes, salvo quando se trata da elaboração das súmulas vinculantes (artigo 3, § 2.º da Lei 11417/2006). Assim, para corrigir eventuais distorções na edição e aplicação das súmulas, deverão os órgãos jurisdicionais observar os artigos 10, 489, § 1.º, incisos V e VI e 927, § 1.º, CPC/2015.

A súmula, portanto, representa aquilo que, normalmente, a jurisprudência pacífica ou majoritária do Tribunal tem decidido.²¹

A guisa de conclusão, após a fixação dos conceitos de precedente, jurisprudência e súmula, vale mencionar que alguns autores²², com os quais nos filiamos, afirmam que tais institutos estão umbilicalmente ligados e fazem parte, em momentos diverso, de uma evolução. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar no Tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste Tribunal.

18 - “Por fim, muito embora se possa genericamente falar de jurisprudência dos tribunais superiores ou dos tribunais locais, a jurisprudência vinculante (vide art.927) é aquela que emana da atividade dos tribunais locais (Cortes de Justiça), e identifica-se sempre que, de acórdão prolatado em incidente de resolução de demandas repetitivas se puder extrair, tal qual nos precedentes, *ratio decidendi* generalizável e, assim, passível de aplicação a outros casos concretos. Contudo, e conforme referimos anteriormente, chamaremos doravante de precedente também a jurisprudência vinculante oriunda dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.” AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, ANO, p. 947.

19 - “Pois tal enunciado é um extrato do quanto foi decidido em casos nos quais esta questão foi expressamente enfrentada e resolvida por aquele Tribunal Superior. Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em qua tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015: p. 426.

20 - “Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.” [...] “Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral extraída, à luz de casos concretos, de outros textos (o texto legal, em sentido amplo).” DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2009, p. 487.

21 - MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1244.

22 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 487.

2. DEVER JURÍDICO DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA

O artigo 926, caput, CPC/2015 fixa três características da jurisprudência que geram deveres jurídicos aos Tribunais na aplicação do sistema dos precedentes. Tais deveres servem como instrumento para o desenvolvimento, nas palavras do Fredie Didier Júnior²³, do microsistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros. Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Esta regra deverá ser conjugada com o artigo 927, § 5.º, CPC/2015 que determina a observância da publicidade.

Esta norma versa, a rigor, sobre o dever de proporcionar unidade ao direito e uniformidade à jurisprudência pelos Tribunais. A necessidade desta uniformidade não fica adstrita à jurisprudência, pois deve ser estendida, também, para o próprio direito.

O dever de uniformizar a jurisprudência decorre da necessidade do Tribunal resolver divergência interna, entre os seus órgãos fracionários, acerca de determinada matéria de direito ou tese jurídica. Assim, podemos concluir que os Tribunais não poderão ficar omissos quanto ao dever de solucionar as divergências e fixar a tese jurídica (de direito material ou processual).

Deste dever, decorre a necessidade da edição de enunciado de súmula que correspondam a sua jurisprudência dominante. Nesta senda, o Tribunal não poderá se afastar das razões fáticas ensejadoras dos precedentes. (artigo 926, §§ 1.º e 2.º, CPC/2015).²⁴

O dever de estabilidade deve ser entendido como a necessidade de motivação adequada e suficiente para externar mudança de entendimento. Além desta necessidade de fundamentação, com maior ônus argumentativo, deverá o Tribunal, em atenção aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, modular os efeitos do novo entendimento (artigo 927, §§ 2.º ao 4.º, CPC/2015). A alteração de tese jurídica poderá ser precedida da realização de audiências públicas para conferir maior participação dos setores da sociedade civil na formação dos precedentes.

Alguns autores referem-se ao princípio da inércia argumentativa, que tem fundamento constitucional (artigo 5.º, caput e inciso LV e artigo 93, inciso IX, CR/88) e infraconstitucional (artigo 489, § 1.º, incisos V e VI, CPC/2015) como sendo um fato para preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões até então não cogitadas ou enfrentadas.²⁵

Este dever de estabilidade enseja a utilização da teoria do *stare decisis et non quieta movere*,

23 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 487.

24 - "Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em que tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base." CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 426.

25 - "Daí falar-se em um princípio da inércia argumentativa, como a norma que: a) estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e § 1.º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, § 1.º, VI, CPC; e b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais fraca) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1.º, V, CPC). A inércia argumentativa vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas. Mais do que norma infraconstitucional (art. 489, § 1.º, V e VI, CPC), a inércia argumentativa encontra-se implicitamente consagrada na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta: i) igualdade de tratamento para casos afins (art. 5.º, caput, CF); ii) de motivação adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e iii) de contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5.º, LV, CF)" DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 300.

segundo a qual o respeito ao precedente, vinculando o Judiciário para casos futuros, porém sem previsão normativa expressa acerca desse efeito vinculante (*binding effect*).²⁶

A doutrina do *stare decisis* tem por pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra. É imprescindível que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões.²⁷

A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.²⁸

Os deveres de integridade e de coerência foram tratados pela regra do artigo 926, CPC/2015 como sendo distintos, mas são indissociáveis²⁹. Há quem, inclusive, os considere dentro do termo consistência. A bem da verdade, a soma destes dois deveres gera a necessidade da jurisprudência ser consistente, ou seja, a soma do dever de coerência e de integridade gera a consistência. Assim, podemos afirmar que consistência abrange os dois deveres referidos, que são postulados hermenêuticos tanto para a formação, quanto para aplicação dos precedentes.³⁰

O dever de integridade decorre da necessidade da observância da evolução histórica das decisões proferidas e dos precedentes quando da aplicação e utilização do entendimento consolidado. Assim, os órgãos jurisdicionais ficam jungidos³¹ a aplicar as técnicas de distinção e superação do entendimento e da tese jurídica fixada para fins de contextualização do precedente às peculiaridades do caso concreto ou à interpretação atual do ordenamento jurídico.³²

26 - “*Stare decisis não é um fim em si mesmo, e sim um meio para servir a importantes valores no sistema jurídica, que são: segurança jurídica (“ao concordar em seguir as regras estabelecidas, os Tribunais permitem aos indivíduos preverem as consequências jurídicas dos seus atos”), igualdade (“quando os Tribunais decidem os casos de hoje de acordo com os casos de ontem, eles asseguram que as regras jurídicas sejam aplicadas de forma coerente e justa”), eficiência (“ao basear suas decisões em precedente, os Tribunais evitam a necessidade de reexaminar os princípios jurídicos desde o início”) e restrição judicial (“quando os juízes são obrigados a basear suas decisões em precedentes, eles têm menor margem de discricão”).* NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quæta movere*. a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 100

27 - MEDINA, José Miguel de Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1244 “*Deve haver a preocupação em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de orientação, e não de ‘uma decisão judicial’ qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do País.*”

28 - Enunciado n. 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

29 - “*Há doutrina que simplesmente os mistura; há quem, embora os distinga, quando trata de concretizá-los, refere a um e a outro indistintamente; e ainda há quem prefira referir-se a eles utilizando o termo ‘consistência’*” JÚNIO, Fredie Didier, Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, página 477, Editora Juspodivm. Embora preferindo usar o termo “coerência”, PECZENIK, Alexander. “*Certainty or coherence*”. The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.169. STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 04 jan. 2016.

30 - “*No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade. A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de consistência. [...] De fato, “consistência” parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por coerência e integridade; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela “consistência de sua jurisprudência”. Qualificar uma jurisprudência como “consistente” é, claramente, considerá-la “íntegra e coerente”.* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.

31 - “*Entende-se por jurisprudência íntegra aquela que é construída levando-se em consideração a história institucional das decisões acerca de determinada matéria. Significa isto dizer que um tribunal, ao proferir decisão sobre determinado tema, deve levar em conta toda a evolução histórica das decisões proferidas, anteriormente, sobre o mesmo tema. [...] Resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízes e tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria. Consequência disso é que, por força do dever de integridade, ficam os órgãos jurisdicionais obrigados a utilizar as técnicas de distinção e superação dos precedentes sempre que isto se faça necessário para adequar seu entendimento às características do caso concreto ou à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.*” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo Atlas. 2015, p. 432.

32 - Enunciado n. 457 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O dever de integridade em sentido mais abrangente, relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir³³:

- a) decidir em conformidade com o Direito e, com isso, impedir o voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias;
- b) decidir em respeito à Constituição da República e, com isso, concretizar o postulado da hierarquia;
- c) compreender o Direito com um sistema de normas e, com isso, concretizar o postulado da unidade do ordenamento jurídico alcançando, inclusive, os microssistemas normativos;
- d) observar as conexões normativas entre o direito material (normas de direito substantivo) e o direito processual (normas de direito adjetivo), bem como com as normas heterotópicas (normas que contêm regulação de direito material e processual);
- e) enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica em debate (artigos 984, § 3.º e 1038, CPC/2015)³⁴.

O dever de coerência exigido pela norma do artigo 926, CPC/2015 refere-se à necessidade do dever de autorreferência, ou seja, respeito aos próprios precedentes do tribunal, bem como a necessidade de uma congruência interna na formação do próprio precedente.

A doutrina costuma dividir o dever jurídico de coerência em dois prismas: formal e substancial e em duas dimensões: externa e interna.³⁵

O dever de coerência no prisma formal significa que órgão jurisdicional deverá observar a necessidade de não proferir decisões contraditórias. O dever de coerência no prisma substancial significa que o órgão jurisdicional deverá proferir uma decisão que faça algum sentido.³⁶

O dever de coerência gera efeitos em duas dimensões, como supra referido. Na dimensão externa, o dever de coerência significa que os tribunais devem observar suas próprias decisões, bem como a linha evolutiva da jurisprudência, pois, com isso, efetivar-se-á o princípio da igualdade.³⁷ O tribunal, ressalvadas as hipóteses de revisão da tese jurídica, não pode deixar de seguir o seu próprio entendimento consolidado.

O dever de coerência, pois, neste sentido, impõe a necessidade de autorreferência.³⁸ Caso

33 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.

34 - Enunciado n. 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida.”

35 - DIDIER JR., op. cit., p. 479-484.

36 - É o que a doutrina denomina de “*conexão positiva de sentido*”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

37 - Enunciados 454 e 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “*uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes [dever de autorreferência]*”; “*Uma das dimensões do dever de coerência [é] o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.*”

38 - “*A coerência impõe o dever de autorreferência, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o distinguishing. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los.*” DIDIER JR., op. cit.



não seja observada esta dimensão do dever de coerência, a decisão judicial será considerada como omissa para fins de interposição do recurso de Embargos de Declaração (artigo 1022, parágrafo único, inciso I, CPC/2015). Assim, a aplicação dos precedentes, da jurisprudência e dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.³⁹

O dever de coerência, em sua dimensão interna, guarda relação direta com a formação do precedente e com a sua fundamentação. Os órgãos jurisdicionais deverão criar precedentes observando os critérios da congruência interna (clareza, certeza, liquidez e coerência), previstos nos artigos 489, § 1.º, 491 e 492, parágrafo único do CPC/2015.

O dever de publicidade previsto no artigo 927, § 5.º, CPC/2015 determina, em viés mais amplo deste princípio, a necessidade dos tribunais organizarem os seus precedentes por questão jurídica decidida e com a obrigatoriedade de sua divulgação, preferencialmente na rede mundial de computadores. Este dever de publicidade deverá ser combinado com o dever de publicidade das decisões judiciais e demais atos do processo (artigo 93, inciso IX, CR/88 e artigo 189, CPC/2015).

Este dever de publicidade também é exigido nos casos em que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas for instaurado e julgado (artigo 979, CPC/2015).

3. COMPOSIÇÃO DO PRECEDENTE

O precedente é composto pelos seguintes elementos: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) argumentação jurídica de passagem ou reforço (*obiter dictum*) e c) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi* ou *holding*).

A *ratio decidendi* (*holding*)⁴⁰ é a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. Composta pelos fundamentos jurídicos que sustentam a própria decisão proferida.

É a opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual a mesma não teria o resultado alcançado, ou seja, a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. É a opinião necessária para a decisão da causa.⁴¹

As razões de decidir do precedente é que operam a vinculação. A *ratio decidendi* encontra-se na fundamentação da decisão. Por tal razão, o ônus argumentativo nas decisões judiciais ganham ainda maior relevância no CPC/2015 (artigo 489, § 1.º), pois os fundamentos precisam ser adequadamente e efetivamente apresentados para que a *ratio decidendi* seja fixada corretamente.

Apesar deste ônus argumentativo mais robusto, não há imperiosa necessidade do órgão

39 - Enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

40 - São expressões sinônimas, mas utilizadas em sistemas diversos. No sistema norte americano é usada a expressão *holding*, enquanto que no sistema inglês é utilizada a expressão *ratio decidendi*. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182.

41 - "Na opinião de Simon Whitaker, a *ratio decidendi*, ou o fundamento da decisão, é a proposição ou são as proposições de direito necessárias para o julgamento do caso sobre determinados fatos, de modo que o ponto crucial, em sua opinião, é que a *ratio* de um caso está relacionada com as proposições de direito discutidas no julgamento para os fatos da causa e as alegações das partes." NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Editora Lumen Juris.

judicial indicar, de maneira expressa, qual é a *ratio decidendi*. Precisar, contudo, quando da aplicação do precedente fazê-lo.

Nesta senda, Marcelo Alves Dias de Souza⁴², apresenta algumas questões importantes:

a) se há mais de uma *ratio decidendi* (mais de um fundamento da decisão), todas as razões são vinculantes, mas não poderão ser escolhidas e utilizados isoladamente ao mero alvedrio do órgão julgado. Cada fundamento determinante, portanto, adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do CPC/2015.⁴³

b) No caso de decisão de órgão colegiado no bojo da qual for verificada dispersão de fundamentos (razões diversas), apesar do comando decisório (admissibilidade, inadmissibilidade, provimento ou improvimento) ter sido idêntico, entende-se pela inexistência de *ratio decidendi* que servirá de orientação vinculante para os casos futuros.

c) Também será considerada desprovida de *ratio decidendi* e, portanto, despida de eficácia vinculante, toda decisão judicial que dificulte a identificação dos fundamentos determinantes ou que não fixou tese jurídica bem delineada.

A *ratio decidendi* é composta pelos seguintes elementos: a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) raciocínio lógico-jurídico da decisão (ou seja, a fundamentação); c) o juízo decisório (o que restou decidido/fixado) e d) a questão posta em juízo.⁴⁴

A doutrina⁴⁵ costuma apontar, com base no direito comparado, métodos para a identificação/individualização da *ratio decidendi*. Podemos apontar três: i) teste de Wambaugh; ii) método de Goodhart e iii) método de Rupert Cross ou eclético.

O teste de Wambaugh tem como principal fundamento a “técnica de inversão” ou “método hipotético de eliminação”, por meio do qual se verifica se a retirada ou inversão do fundamento utilizado na decisão manterá o seu resultado. Se o resultado (comando decisório) for o mesmo, será *obiter dictum*, do contrário, será *ratio decidendi*.

O método de Goodhart prima pela análise dos fatos subjacentes destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que nele se funda, ou seja, a *ratio decidendi* não se encontra na opinião do julgador ou nas razões delineadas. “A definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada.”⁴⁶

42 - SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá. 2007.

43 - Enunciado n. 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

44 - “No que concerne à definição das formulações jurídicas necessárias à decisão (que corresponderão ao enunciado vinculante para as demais cortes), ela dependerá de um exame: a) dos fatos relevantes do caso concreto; b) da questão posta em juízo; c) da fundamentação e d) do que restou decidido. Estes são os elementos que auxiliam na delimitação do holding.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

45 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p.; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.315

46 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303.



O método de Rupert Cross ou eclético⁴⁷, aplica as duas proposições anteriores. A *ratio decidendi* deve ser individualizada através dos fatos relevantes da causa, devidamente conjugados com os motivos determinantes utilizados para a formação do comando decisório. Através deste método, conclui-se ser equivocada solução através da aplicação de somente um dos métodos de forma isolada.

Por fim, impende destacar que a eficácia transcendente dos motivos determinantes, é, em verdade, a extração de uma *ratio decidendi/holding*, equivalente à exegese constitucional, nos casos de controle de constitucionalidade, fixada pelo tribunal, a partir dos fundamentos da decisão produzida e a conferência a mesma de eficácia normativa.⁴⁸

O *obiter dictum* é composto pelos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios que não tem influência relevante e substancial para a decisão, pois são prescindíveis para o deslinde da controvérsia.⁴⁹

Alguns autores⁵⁰ ainda apontam como *obiter dictum*:

- a) manifestações sobre questão que não é objeto da causa, mas que é hipoteticamente considerada;
- b) manifestações sobre questões irrelevantes;
- c) menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie e
- d) o que constou no voto vencido da decisão colegiada.

Apesar de não possuírem eficácia vinculante, nada impede que possuam eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos.⁵¹

O *obiter dictum* pode ser utilizado para fins de prequestionamento, pois será necessariamente declarado e considerado como parte integrante do acórdão para todos os fins legais, conforme artigo 941, § 3.º, CPC/2015. Assim, possível afirmar a superação da súmula 320 do

47 - DIDIER JR., Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. Ed. ESTADO: Juspodivm, ANO, p. ; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 200.

48 - MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

49 - “O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”). DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p. 303. “*Afora isso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da lide (obiter dictum) não podem ser usados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão, tão pouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado. Na praxe forense brasileira, o uso de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de casos supostamente semelhantes.*” Gisele Leite. O poder dos precedentes no CPC.

50 - Rosito, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 112. Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Editora Renovar.

51 - “O *obiter dictum* terá, em regra, eficácia persuasiva, na medida da força de seus fundamentos. Seu peso possuirá, todavia, um aspecto argumentativo. Em um caso que suscite, simultaneamente, diversas questões de direito, uma determinada afirmação da corte, percebida como *obiter dictum*, pode se consolidar, posteriormente, como um *holding* alternativo.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

Superior Tribunal de Justiça.

Poderão, ainda, ter relevância para possível e futura superação do precedente. O CPC/2015 permite, também, a utilização do *obiter dictum* (nos casos de voto vencido) para aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942, CPC/2015.

A doutrina⁵², por fim, sustenta que a qualificação de *obiter dictum* e *ratio decidendi* não são imutáveis, pois pode ocorrer um “rebaixamento” ou uma “ascensão”. Aquilo que outrora era considerado como *obiter dictum* pode tornar-se *ratio decidendi* e vice-versa.

4. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES

4.1 Quanto ao conteúdo⁵³

Os precedentes, quanto ao conteúdo, poderão ser classificados em: a) precedentes declarativos e b) precedentes criativos.

Os precedentes declarativos são aqueles que simplesmente reconhecem e aplicam uma norma jurídica previamente existente. A decisão judicial, qualificada como precedente, se baseia em precedente anterior para resolver determinado caso concreto.

Para parte da doutrina, a novidade do precedente criativo somente pode ser admitida no sentido de esclarecer algo, ou se descobrir um princípio que encontrava-se adormecido.⁵⁴

Os precedentes criativos são aqueles que criam e aplicam uma determinada norma jurídica, ou seja, o órgão jurisdicional supre lacuna ou se depara com cláusulas gerais.

4.2 Quanto aos efeitos⁵⁵

Os precedentes, quanto aos efeitos, poderão ser classificados em: a) precedente com eficácia vinculante ou obrigatória (com eficácia normativa); b) precedente com eficácia meramente persuasiva ou persuasivo; c) precedente obstativo de revisão de decisões (de eficácia impositiva intermediária); d) precedente com eficácia autorizante; e) precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante; f) precedente que permite revisão de coisa julgada.

Há autores que separam o presente tema em graus de eficácia. Os precedentes, nesta classificação, podem ter: a) vinculação formal; 2) não formalmente vinculante, mas contendo for-

52 - ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.

53 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.350.

54 - “Essa classificação não nos agrada, porque, segundo pensamos, o juiz não “cria” o direito. Mesmo quando decide a partir de princípios, ou resolve questões à luz de textos legais que contenham expressões vagas, não está autorizado o juiz a julgar “a partir do nada”, como se legislador fosse. Deve o juiz encontrar a solução no sistema jurídico, proferindo decisão harmônica com o que se produziu na história e com o que se tem produzido na comunidade jurídica. Dito de outro modo, não se admite que o juiz insira algo “estranho” ao ambiente jurídico.” MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p.250.

55 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.



ça; 3) não formalmente vinculante e não tendo força, mas provendo razões e 4) força meramente ilustrativa ou outro valor.⁵⁶

Na presente obra, adotaremos a classificação tradicional dos efeitos dos precedentes.

Os efeitos listados não se excluem, pois podem ser verificados em uma mesma situação, ou seja, os precedentes podem ter mais de um dos efeitos mencionados⁵⁷, mas todos os efeitos dos precedentes decorrem da sua própria *ratio decidendi*.

O precedente com eficácia vinculante, obrigatória ou eficácia normativa (*doctrine of binding precedent, binding authority* ou teoria do *stare decisis et non quieta movere*) é aquele que fixa uma orientação/tese jurídica a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes supervenientes.⁵⁸

Os precedentes vinculantes são os que obrigatoriamente devem ser seguidos quando do julgamento de posteriores casos análogos, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Neste caso, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

Os precedentes vinculantes, portanto, deverão ser observados e aplicados obrigatoriamente, de ofício, sob pena da decisão judicial proferida ser reputada como omissa, na forma do artigo 1022, parágrafo único, inciso do CPC/2015. Esta decisão é denominada *per incuriam*. Apesar desta norma referir-se somente aos casos previstos no artigo 927, inciso III, CPC/2015, deve ser

56 - “[...] o precedente pode conter: 1. Vinculação formal: um julgamento que não respeite a força vinculante do precedente é contrário ao direito e sujeito à revisão em grau de recurso. Distingue-se: a) vinculação formal não sujeita a superação: (i) estritamente vinculante – deve ser aplicado em todos os casos; (ii) superavelmente vinculante – deve ser aplicado em todos os casos a menos que se apliquem exceções (definidas ou não); b) vinculação formal (com ou sem exceções) que é sujeita a superação ou modificação. 2. Não formalmente vinculante mas contendo força: um julgamento que não respeite a força do precedente, embora não seja contrário ao direito, é sujeito a críticas e pode ser sujeito a reversão. Distingue-se: a) força superável – deve ser aplicado a menos que surjam exceções (que podem ou não ser bem definidas); b) força prevalecente: deve ser aplicado a menos que haja razões contrárias para não aplicar; 3. Não formalmente vinculante e não tendo força, mas provendo razões: um julgamento que não o considere não é contrário ao direito e pode ainda ser justificado, mas não tão bem justificado quanto seria se o precedente tivesse sido invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão a que se chega harmoniza-se com o precedente; 4. Força meramente ilustrativa ou outro valor.” MOTTA, Otávio Verdi. Justificação da decisão judicial. A elaboração da motivação e a formação do precedente. Coleção o Novo Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p.200.

57 - “O enunciado de súmula do STF e do STJ, por exemplo, tem, concomitantemente, eficácia obrigatória (art. 927, IV), obstativa (art. 496, § 4.º, I), denegatória (art. 923, IV, “a”, e 332, I, CPC) e autorizante (art. 932, V, “a”). Já o enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local é precedente com efeito denegatório (art. 332, IV, CPC) – o que não o priva de outros efeitos (art. 955, parágrafo único, I, CPC). Há, ainda, casos de precedentes que permitem um julgamento monocrático e de plano de incidente processual, sem necessariamente determinar um juízo de denegação ou acolhimento. O legislador consagra hipótese deste viés ao tratar da possibilidade de julgamento de plano por decisão singular do relator de conflito de competência, quando sua decisão tiver por fundamento enunciado de súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou o precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e assunção de competência (art. 955, parágrafo único, CPC).” DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.

58 - “Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.” DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.370 “Já os precedentes vinculantes são os que obrigatoriamente devem ser seguidos quando do julgamento de posteriores casos análogos, independentemente do convencimento do juiz quanto à sua correção. Neste caso, “a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionados adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação”. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 389) Os precedentes obrigatórios são, conforme dito, a regra na teoria do *stare decisis*, e sua força vinculante está ligada, dentre outros fatores, à posição hierárquica do órgão jurisdicional que cria o precedente. São obrigatórios os precedentes proferidos pelo próprio órgão e os que emanam dos tribunais a ele superior (denominado de precedente vertical). Por outro lado o precedente horizontal são os que emanam de órgãos de mesma hierarquia, e que funcionam como mero precedente persuasivo.”

estendido o seu efeito para os demais casos de eficácia vinculante.

Apesar da aplicação de precedente vinculante ser matéria de ordem pública e, portanto, aplicável de ofício pelo órgão jurisdicional, não afasta a necessidade da oitiva prévia das partes, na forma dos artigos 10 e 927, § 1.º, CPC/2015.

O efeito vinculante de um precedente deve sempre decorrer de determinação legal expressa. Os precedentes com eficácia vinculante também ostentam os demais efeitos listados acima.

Todas as hipóteses das decisões e precedentes previstas no artigo 927 do CPC/2015 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais vinculados.⁵⁹ As súmulas vinculantes (artigo 103-A, CR/88) também ostentam tal efeito, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Por fim, impende salientar a existência de entendimento doutrinário no sentido do reconhecimento de graus de vinculatividade/obrigatoriedade⁶⁰. Segundo esta doutrina, é importante que se perceba a existência de certo grau de obrigatoriedade no que tange ao respeito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido amplo. Divide, assim, a obrigatoriedade, em três graus: i) forte; ii) média e iii) fraca.

A obrigatoriedade forte é aquela que vincula os demais órgãos jurisdicionais com a previsão de mecanismo jurisdicional específico para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. É o que ocorre nos casos de Reclamação proposta para obrigar órgão jurisdicional inferior a seguir o precedente (artigos 103-A, CR/88 e 988, CPC/2015).

A obrigatoriedade média é aquela que vincula os demais órgãos jurisdicionais sem a previsão, contudo, de mecanismo jurisdicional específico para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. Apesar da inexistência de mecanismo específico, poderá ser usado um mecanismo genérico (qualquer remédio jurídico). É o que ocorre, por exemplo, nos casos do exercício do controle jurisdicional difuso, sem análise da lei em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.

A obrigatoriedade fraca, por fim, é aquela com viés meramente cultural, pois não há mecanismo, genérico ou específico, para o controle da sua inobservância e/ou aplicação incorreta. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de desrespeito à jurisprudência não unânime, porém majoritária de um Tribunal de origem. Neste caso, a rigor, parece mais próximo de um precedente com eficácia meramente persuasiva do que propriamente vinculante/obrigatório.

O precedente persuasivo ou de eficácia meramente persuasiva (*persuasive precedent/ authority*) é aquele que, apesar da ausência de eficácia vinculante, poderá repercutir em demandas

59 - No mesmo sentido, Enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Em sentido contrário, vale mencionar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: "Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo." *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.250.

60 - "Percebe-se, portanto, que se podem conceber graus de vinculatividade. Se a súmula é a essência da jurisprudência dominante de um Tribunal, é natural que deva ser respeitada/obedecida/observada, ainda que não haja um instituto específico de que possa valer-se o prejudicado para "obrigar" o Tribunal a respeitar as próprias súmulas ou um juiz a decidir em conformidade com estas. A obrigatoriedade de se respeitarem as súmulas dos Tribunais de 2.º grau – bem como dos Tribunais Superiores, que não sejam propriamente vinculantes – decorre do sentido do sistema, e princípios constitucionais relevantíssimos – como, v.g., o da isonomia – e da própria função e razão de ser dos Tribunais, notadamente dos Tribunais Superiores, cuja função é zelar pela integridade do ordenamento." WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p.380.

posteriores, pois constitui indício de uma solução racional e socialmente adequada⁶¹. Não ostentam aptidão para jungir o órgão jurisdicional aos seus termos, contudo, pode influir na formação da sua convicção.

O CPC/2015 nos fornece exemplos: artigos 1029, § 1.º (c/c artigo 105, inciso III, c), CR/88) e 1043.

O precedente obstativo da revisão de decisões ou de eficácia impositiva intermediária é aquele em que o legislador autoriza que o magistrado negue seguimento a determinados recursos ou que dispense a remessa necessária quando estiverem em confronto com determinados precedentes.

Ainda que os precedentes não sejam de observância obrigatória, a não aplicação sujeitará a decisão à revisão. Este tipo de eficácia do precedente não deixa de ser, em certo aspecto, uma decorrência do efeito vinculante.

O CPC/2015 nos fornece os seguintes exemplos: artigos 332, 496, § 4.º, 932, inciso IV e 1040, inciso I.

O precedente com eficácia autorizante, como o próprio nome faz supor, é aquele cujo efeito é o de permitir a admissibilidade ou provimento/acolhimento de algum ato processual praticado pelas partes, ou seja, serve tanto para o juízo de mera admissibilidade quanto para o juízo de mérito.⁶²

O CPC/2015 nos fornece os seguintes exemplos: artigos 311, inciso II; 932, inciso V; 949, parágrafo único⁶³ e 1035, § 3.º. A CR/88 fornece o seguinte exemplo: artigo 105, inciso III, c).

O precedente com eficácia rescindente ou deseficacizante é aquele que tem o condão de gerar a rescisão da coisa julgada material (artigo 502, CPC/2015) ou a retirada da eficácia de determinada decisão judicial (artigo 203, CPC/2015) transitada em julgado.

A depender do precedente, sua eficácia permitirá às partes e eventuais interessados a utilização de mecanismos judiciais para a rescisão da coisa julgada material ou a simples retirada da eficácia da decisão judicial, após o trânsito em julgado. Note-se que não é o precedente que vai acarretar a rescisão ou a retirada da eficácia. A existência do precedente que tornará tais situações juridicamente possíveis.

Em sede de cumprimento de sentença, há exemplo desta possibilidade quando os artigos

61 - TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. ed. São Paulo: RT, 2011, p.200.

62 - "Assim como pode ser obstativo e denegatório, o precedente pode ser autorizante, quando é determinante para a admissão ou acolhimento de ato postulatório (como recurso, demanda ou incidente processual)." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. v. 2, Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.

63 - EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental, conforme pacífica orientação da Corte. Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento. 2. Esses cargos, ademais, deveriam ser preenchidos por pessoas determinadas, conforme descrição constante da aludida lei. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual é negado provimento. (RE 376440 ED, Relator(a) : Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014) . O Supremo Tribunal Federal, neste precedente, entendeu ser possível o proferimento de decisão monocrática em torno da constitucionalidade de ato normativo, mitigando-se a observância do princípio da reserva de plenário (artigo 97 da CR/88), toda vez que a questão constitucional já houver sido definida pelo próprio STF.

525, §§ 12 ao 14 e 535, §§ 5.º ao 7.º, CPC/2015 permitem que um precedente do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade seja utilizado para tal desiderato.

Impende salientar, por força das normas dos artigos 525, § 15; 535, § 8.º e 1057, CPC/2015, que somente os precedentes anteriores ao trânsito em julgado permitirão o reconhecimento judicial da inexigibilidade do título executivo. Caso o precedente do Supremo Tribunal Federal seja posterior ao trânsito em julgado, deverá ser utilizado o mecanismo da Ação Rescisória (artigo 966, inciso V, CPC/2015), cujo prazo decadencial (artigo 975, CPC/2015 c/c súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça) deverá ser contado a partir da data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

O precedente que permite revisão da coisa julgada é aquele que possibilita a propositura de uma demanda própria (chamada por alguns de ação de revisão de coisa julgada) com o fito precípua de revisar a coisa julgada material quando estiver ínsita em relação jurídica continuativa, ou seja, que se protraí no tempo.⁶⁴ No bojo das decisões judiciais de mérito que resolvem estas relações jurídicas há, de maneira implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*.

A existência desta cláusula permite a revisão da decisão judicial e, por via de consequência da coisa julgada material, toda vez que a situação fática que a ensejou sofrer alterações. A propositura desta ação não terá o condão de violação da própria coisa julgada material, mas sim de revisá-la, pois não será demanda idêntica a anterior, na medida em que estará lastreada em causa de pedir diversa (artigo 337, §§ 1.º ao 3.º, CPC/2015).

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente de sua Corte Especial neste sentido, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08). 1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*). Assim, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos. Precedentes da CE e de Turmas do STJ. 2. No caso, a superveniente Lei 10.475/02, dispondo sobre os vencimentos de servidores públicos, operou a absorção dos valores anteriores, inclusive o das vantagens asseguradas por sentença, mas preservou a irredutibilidade mediante o pagamento de eventuais diferenças como direito individual (art. 6.º). Legitimidade da norma, conforme decisão do STF, adotada como fundamento do ato atacado. 3. Mandado de segurança denegado. (MS 11.045/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/2010, DJe 25/02/2010).

64 - No sentido do texto, podemos citar: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p.150. Em sentido oposto, podemos citar TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. ed. São Paulo: RT, 2005, p.100.



Entretanto, aplicando o regime jurídico dos recursos repetitivos, o próprio STJ mudou de posicionamento, ao preconizar que:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – CSLL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 E DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. SÚMULA 239/STF. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471, CAPUT, DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. 2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art 8.º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9.º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07). 3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade. 4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência. 5. “Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado n.º 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores” (AgRg no AgRg nos EREsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJ 24/2/10). 6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, DJ 10/2/45). 7. “As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material” (REsp 731.250/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 30/4/07). 8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ. (REsp 1118893/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 06/04/2011)

Conforme decidido pelo STJ, neste último precedente, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.



4.3 A eficácia do precedente não se confunde com coisa julgada material

A eficácia do precedente, assim como o instituto da coisa julgada material, possui limites objetivo e subjetivo e instrumentos jurídicos típicos para o exercício do controle, mas não se confundem.

A coisa julgada material, no tocante ao limite subjetivo, como regra geral no processo civil individual⁶⁵, segue a norma jurídica ínsita no artigo 506, CPC/2015, qual seja, eficácia inter partes (*res inter alios acta*). No tocante ao limite objetivo, como regra geral, fica adstrito somente ao conteúdo do dispositivo da decisão judicial proferida (norma jurídica individualizada).

Com o advento do CPC/2015, este regramento sofreu alteração quanto às questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente na fundamentação.

O CPC/1973, em seu artigo 469, inciso III preconizava que a questão prejudicial decidida incidentalmente na sentença não seria abrangida pela coisa julgada material, salvo se a parte propusesse ação declaratória incidental (artigos 5.º, 325 e 470), hipótese na qual a questão, então prejudicial, passaria a ser principal e decidida na parte dispositiva da sentença.

O artigo 503, § 1.º, CPC/2015, ao reverso, preconiza a expressa possibilidade da coisa julgada material abranger a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, independentemente da propositura de ação declaratória incidental. A rigor, a ação declaratória incidental não foi regulamentada expressamente no CPC/2015.

Esta nova regulamentação da questão prejudicial e da coisa julgada material, por certo, não pode ser aplicada aos processos já findos, bem como aos processos em curso quando da entrada em vigor do CPC/2015, sob pena de vulnerar os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

Assim, em consonância com o disposto no artigo 14, CPC/2015, o artigo 1054 determina a aplicação do artigo 503, § 1.º somente aos processos iniciados após a entrada em vigor da nova lei processual. Aos processos pendentes, quando da entrada em vigor, ao reverso, serão aplicadas as regras dos artigos 5.º, 325 e 470, CPC/2015.

Portanto, o limite objetivo da coisa julgada, com a redação do artigo 503, § 1.º, CPC/2015, foi ampliado para abranger, também, as questões prejudiciais.

Por fim, os instrumentos jurídicos de controle da coisa julgada material são: ação rescisória (artigo 966, CPC/2015), *querela nullitatis insanabilis* (previsão implícita nos artigos 19, inciso I, 525, § 1.º, inciso I e 535, inciso I, CPC/2015), desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado (artigos 525, § 12 e 535, § 5.º, CPC/2015) e correção de erro material (artigo 494, inciso I, CPC/2015).

A eficácia (vinculante) do precedente judicial, no tocante ao limite subjetivo ostenta eficácia *erga omnes*, ou seja, aplica-se a todos indistintamente, desde que estejam na mesma situação fático-jurídica para efetivar o princípio da isonomia. No tocante ao limite objetivo, a eficácia vin-

65 - Nos processos coletivos, aplicar-se-ão as eficácias subjetivas *erga omnes* (interesses difusos), *ultra partes* (interesses coletivos em sentido estrito) e *erga victmae* (interesses individuais homogêneos), conforme artigos 18 da lei 4717/65, 16 da lei 7347/85 e 103, incisos I ao III da lei 8078/90.



culante fica adstrita à fundamentação da decisão, ou melhor, fica adstrita à *ratio decidendi* e sua norma jurídica geral⁶⁶, que se encontra na fundamentação da decisão.

Os instrumentos jurídicos de controle da eficácia vinculante do precedente judicial se dividem em dois tipos: i) preventivo e ii) repressivo.

O controle preventivo da eficácia vinculante do precedente ocorre através da atuação das partes (postulado do contraditório) e, principalmente, pela intervenção do *amicus curiae* (artigos 138; 950, § 3.º, 983, § 1.º e 1038, incisos I e II, CPC/2015).

O controle repressivo da eficácia vinculante do precedente ocorre através dos mecanismos de superação (*overruling, overriding e transformation*), conforme artigos 103-A, CR/88, 3.º da lei 11417/2006 e artigos 927, §§ 2.º ao 4.º, 986 e 988, CPC/2015.

5. TÉCNICAS APLICÁVEIS AOS PRECEDENTES

5.1 Técnica de confronto, interpretação e aplicação

Para fins de aplicação desta técnica, é imprescindível usar um método de comparação entre os elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) e a *ratio decidendi* (holding).

A técnica consagrada pela doutrina para tal desiderato é o *distinguishing*. A aplicação desta técnica nada mais é do que realização uma comparação entre o caso concreto a ser julgado e o paradigma (precedente) a ser utilizado.

Diante da ausência de coincidência entre os fatos fundamentais da demanda a ser julgada e das peculiaridades do caso concreto, o órgão jurisdicional pode deixar de aplicar o precedente (*ratio decidendi*) ao caso concreto ou estender sua aplicação, a despeito das peculiaridades.

Aplica-se a todos os tipos de precedentes, inclusive os vinculantes/obrigatórios.⁶⁷

Esta técnica exterioriza, portanto, uma forma de confronto/comparação. A doutrina⁶⁸, atenta a isso, afirma que o *distinguishing* pode ser: i) *distinguishing*-método; ii) *distinguishing*-resultado.

O *distinguishing*-método nada mais é do que o confronto entre o caso concreto e a *ratio*

66 - "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 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. Vejamos o entendimento do STF[33] que afirma que todo parlamentar que trocar de partido perderá o mandato (norma geral), tendo João trocado de partido, perderá o mandato (norma individualizada)." LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do direito*. algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 06 jan. 2016.

67 - Enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

68 - TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. ed. São Paulo: RT, 2011, p.100.

decidendi (artigos 489, §1.º, inciso V e 927, § 1.º, CPC/2015).

O *distinguishing*-resultado, por sua vez, é o resultado decorrente desta comparação/confronto que resulta naquilo que o CPC/2015 chama de “distinção”(artigos 489, § 1.º, inciso VI e 927, § 1.º).

Assim, mediante a utilização do método comparativo acima referido, o órgão julgador poderá chegar a dois resultados: a) *restrictive distinguishing* e b) *ampliative distinguishing*.

O *restrictive distinguishing* confere à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, no caso em que o órgão jurisdicional está absolutamente convencido que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação do precedente.

O *ampliative distinguishing*⁶⁹ estende ao caso concreto posto em análise a mesma solução jurídica conferida aos casos anteriores, no caso em que o órgão jurisdicional está absolutamente convencido que, mesmo diante das peculiaridades, a tese jurídica é aplicável.

5.2 Técnicas de superação

As técnicas de superação dos precedentes são utilizadas para afastar a aplicação destes no caso concreto posto em análise, em virtude de sua obsolescência, injustiça ou inexecutabilidade.

As técnicas de superação são as seguintes: a) *overruling*; b) *overriding* e c) *transformation*.

5.2.1 *Overruling*

A técnica denominada *overruling* é aquela que reconhece que o precedente perdeu a sua força e foi substituído por outro. Embora o sistema jurídico de precedentes visa estabelecer uniformidade de tratamento das partes (coletividade), estabilidade e segurança jurídica, não acarretará, sob pena de inutilidade, impossibilidade de revogação do precedente, pois, diante de determinadas circunstâncias, é justificada e imprescindível.

A doutrina costuma afirmar a necessidade da apresentação de razões aceitáveis para a modificação ou revogação (*overruling* e *overriding*) do precedente. Há três razões tradicionalmente aceitas:⁷⁰

- a) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente;
- b) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável;
- c) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.

Há outras razões que também são aceitas por outro setor doutrinário⁷¹:

69 - Esta técnica pode gerar overstatement (“To state in exaggerated terms.”), ou seja, um exagero/extensão de uma realidade.

70 - MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ed. São Paulo: RT. 2015. p. 1242

71 - SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.150; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.375.



- a) quando o precedente é absolutamente injusto e/ou incorreto;
- b) quando as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação;
- c) superveniência de lei nova incompatível com o precedente, pois é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. A modificação do precedente poderá, portanto, fundar-se na revogação ou modificação da lei em que se baseou.⁷²

Considerando a possibilidade de ocorrer superação de um precedente (*overruling*) através da entrada em vigor do CPC/2015 (conforme item c) supra), vale mencionar, sem a pretensão de esgotamento, alguns exemplos:

- a) a súmula 320 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 941, § 3.º;
- b) a súmula 216 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1003, § 4.º;
- c) a súmula 187 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1007, § 7.º;
- d) a súmula 418 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1024, § 5.º;
- e) a súmula 211 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 1025;
- f) a súmula 115 do STJ foi integralmente superada com o advento dos artigos 932, parágrafo único, 938, § 1.º e 1029, § 3.º;
- g) a súmula 528 do STF foi integralmente superada com o advento do artigo 1034;
- h) as súmulas 288 e 639 do STF foram integralmente superadas com o advento dos artigos 932, parágrafo único, 938, § 1.º e 1029, § 3.º;
- i) as súmulas 315 do STJ e 353 do STF foram integralmente superadas com o advento do artigo 1043;
- j) a súmula 453 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 85, § 18;
- k) a súmula 306 do STJ, bem como o entendimento firmado no Resp repetitivo n.º 963.528/PR com o advento do artigo 85, § 18;
- l) a súmula 472 do STJ foi integralmente superada com a supressão do instituto da nomeação a autoria, enquanto modalidade de intervenção de terceiros;
- m) a súmula 372 do STJ foi integralmente superada com o advento dos artigos 139, inciso IV; 400, parágrafo único e 403, parágrafo único;

72 - Enunciados ns. 322 e 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Parte da doutrina, contudo, neste ponto, afirma não ser suficiente a modificação legal: "Há de se perceber, porém, que, quando há modificação legal, não se tem propriamente uma revogação de precedente nos termos que faz referência o CPC. Nesta hipótese, a não aplicação do precedente pode ser feita por qualquer juiz, não irá necessitar do ônus argumentativo existente para a decisão de superação típica e nem será necessária a ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.380.

n) a súmula 417 do STJ foi integralmente superada com o advento do artigo 835, § 1.º.

Isso pode ocorrer de forma implícita (*implied overruling*) ou de forma expressa (*express overruling*).

Express overruling é a superação do precedente decorrente de decisão expressa neste sentido, ou seja, o órgão jurisdicional reconhece a superação.

Implied overruling é a adoção de um entendimento contrário ao anterior, mas sem superação expressa deste. Trata-se de modalidade de superação que não pode ser admitida em nosso ordenamento, sob pena de violar o sistema de precedentes, pois exige-se, conforme artigo 927, § 4.º, CPC/2015, fundamentação adequada e específica. Violará, também, o dever de coerência previsto no artigo 926, CPC/2015.

A decisão que implica o *overruling*, em atenção aos deveres de estabilidade, integridade e coerência, requer um ônus argumentativo maior (artigo 489, § 1.º, inciso VI, CPC/2015).

Além deste dever, o CPC/2015 prevê a utilização de instrumentos de debate público para pluralizar o debate acerca de determinados temas através de audiências públicas (artigo 927, § 2.º).

Em nosso ordenamento, o *overruling* poderá ocorrer de duas formas: i) difusa ou ii) concentrada.⁷³

O *overruling* difuso é aquele que pode decorrer de qualquer causa pendente no Tribunal (recursos, remessa necessária ou causas da competência originária), ou seja, ocorrerá sem a necessidade de instauração de um procedimento próprio para este fim. A superação poderá ocorrer, portanto, incidentalmente.

O *overruling* concentrado, por seu turno, é aquele que exige a instauração de um procedimento próprio, através dos legitimados específicos para que o Tribunal supere o precedente existente, até então aplicável. Haverá, portanto, um procedimento autônomo com o objetivo único de revisão ou cancelamento do precedente. É o que ocorre, por exemplo nos casos de súmulas vinculantes do STF (artigo 3.º lei 11417/2006) e no incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 986, CPC/2015).

O *overruling* ostenta, ao menos, seis eficácias temporais: a) retroativa (*retrospective*); b) prospectiva (*prospective*); c) prospectiva pura (*pure prospective*); d) imediata (*limited prospectivity*); e) duplamente prospectiva ou prospectiva-prospectiva (*prospective-prospective overruling*) d) antecipada (*antecipatory*).

Retrospective overruling é a eficácia retroativa da superação do precedente, que atinge fatos anteriores à substituição. A eficácia retroativa se divide em: i) pura e ii) clássica. Na aplicação retroativa pura, o novo entendimento atingiria inclusive fatos relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória. Na aplicação retroativa clássica O novo entendimento será aplicável aos fatos ocorridos antes da formação do precedente, mas

73 - Enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Cívís: "A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal."

não atinge os atos e fatos abrangidos por situação jurídica consolidada decorrente do trânsito em julgado. Segundo parte da doutrina⁷⁴, esta é a regra geral da eficácia da revogação/superação/modificação do precedente. Entretanto, pelos pressupostos do artigo 927, § 3.º, CPC/2015, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva, com a possibilidade, conforme o caso concreto, de modulação dos efeitos temporais.⁷⁵

Prospective overruling é a eficácia prospectiva da superação do precedente, que somente surte efeitos práticos após a efetivação desta superação. Em alguns casos, os tribunais debatem se e em quais medidas o novo precedente deve ser aplicado somente prospectivamente, isto é, apenas para o caso presente e eventos futuros, após a data da decisão judicial que inaugurou o novo precedente. A doutrina denomina isso de prospectividade seletiva.

Pure prospective overruling dá-se quando o tribunal determina que o precedente não aplique ao caso que lhe deu origem. O precedente somente será aplicável aos casos futuros (fatos posteriores).⁷⁶

Limited prospectivity overruling é a eficácia imediata de aplicação da modificação/revogação de um precedente aos casos concretos em curso.

Prospective overruling é a eficácia temporal fixada para um momento futuro definido pelo próprio tribunal. O tribunal pode fixar um termo ou condição para a eficácia deste novo precedente ou de sua modificação.

Anticipatory overruling é a eficácia que antecipa a possibilidade de superação do precedente, ou seja, o órgão jurisdicional do qual emana o precedente, de forma tácita, começa a alterar/superar o seu entendimento, o órgão jurisdicional inferior (julgado a aplicá-lo) poderá deixar de utilizá-lo.

Trata-se de forma preventiva de não aplicação de precedentes, quando o órgão jurisdicional superior sinalizou a alteração do entendimento consolidado. Caso o órgão inferior deixe de aplicar o precedente, ainda válido, mas em vias de ser superado, por discordar do seu comando, haverá *error in procedendo ou in iudicando*.⁷⁷

A técnica do *anticipatory overruling* decorre não da discordância, mas do paulatino e sinalizado abandono ou modificação do precedente.

Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, sempre que se registre alteração substancial de

74 - DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.390.

75 - Enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

76 - "Em situações excepcionais, quando presente interesse público em se protegerem situações jurídicas consolidadas, deve ser possível a modulação dos efeitos de alteração jurisprudencial, para se aplicar a nova orientação firmada apenas a casos futuros (prospective overruling)." AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do Novo CPC. ed. São Paulo: RT, 2015, p.400.

77 - DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.400; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. ed. São Paulo: RT, 2015, p.250; TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. ed. São Paulo: RT, 2011, p.300; PEIXOTO, Ravi; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, n. 236, p. 289.

diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio.

Assim, considerando a apresentação das eficácias temporais da revogação/modificação dos precedentes, o CPC/2015 determina a necessidade da modulação dos efeitos temporais.

Na superação do precedente, em observância aos princípios da segurança jurídica, razoabilidade, lealdade, boa-fé e confiança legítima (todos decorrentes dos deveres jurídicos da estabilidade, integridade e coerência), deverá o órgão jurisdicional aplicar a modulação dos efeitos temporais, conforme artigo 927, §§ 3.º e 4.º, CPC/2015 (c/c artigos 27 da Lei 9868/99, 11 da lei 9882/99, 146 do Código Tributário Nacional, 2.º, parágrafo único, inciso XIII da Lei 9784/99 e 4 da lei 11417/2006).

A única diferença entre a modulação dos efeitos temporais nas ações de controle de constitucionalidade (processo coletivo especial), prevista nos artigos 27 da lei 9868/99 e 11 da lei 9882/99, para a modulação dos efeitos temporais na alteração/revogação de um precedente, é que naquele caso a aplicação é exclusiva para questões constitucionais, enquanto neste é aplicável em sentido mais amplo (questões infraconstitucionais e constitucionais).

Os Tribunais Superiores (STJ e STF), ainda sob a égide do CPC/1973, enfrentaram debates internos acerca da necessidade ou não da modulação dos efeitos temporais, notadamente quando houve substancial alteração de precedente.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes, reconheceu a aplicabilidade da modulação dos efeitos⁷⁸, mas, na maioria dos seus julgados, afastou a aplicação da modulação.⁷⁹

O Superior Tribunal de Justiça também enfrentou o mesmo tema com dispersão de precedentes.⁸⁰

78 - E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – QUESTÕES PRELIMINARES REJEITADAS – O MANDADO DE SEGURANÇA COMO PROCESSO DOCUMENTAL E A NOÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE AUTORIDADE COATORA, PARA FINS MANDAMENTAIS – RESERVA ESTATUTÁRIA, DIREITO AO PROCESSO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO – INOPONIBILIDADE, AO PODER JUDICIÁRIO, DA RESERVA DE ESTATUTO, QUANDO INSTAURADO LITÍGIO CONSTITUCIONAL EM TORNO DE ATOS PARTIDÁRIOS “INTERNA CORPORIS” – COMPETÊNCIA NORMATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – O INSTITUTO DA “CONSULTA” NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL: NATUREZA E EFEITOS JURÍDICOS – POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, EM RESPOSTA À CONSULTA, NELA EXAMINAR TESE JURÍDICA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – CONSULTA/TSE Nº 1.398/DF – FIDELIDADE PARTIDÁRIA – A ESSENCIALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO PROCESSO DE PODER – MANDATO ELETIVO – VÍNCULO PARTIDÁRIO E VÍNCULO POPULAR – INFIDELIDADE PARTIDÁRIA – CAUSA GERADORA DO DIREITO DE A AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA PREJUDICADA PRESERVAR A VAGA OBTIDA PELO SISTEMA PROPORCIONAL – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE LEGITIMAM O ATO DE DESLIGAMENTO PARTIDÁRIO – POSSIBILIDADE, EM TAIS SITUAÇÕES, DESDE QUE CONFIGURADA A SUA OCORRÊNCIA, DE O PARLAMENTAR, NO ÂMBITO DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, MANTER A INTEGRIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, NO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO, DO PRINCÍPIO DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5.º, INCISOS LIV E LV) – APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 3.º A 7.º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 AO REFERIDO PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – ADMISSIBILIDADE DE EDIÇÃO, PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTE O PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO – MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF – OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA – A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. PARTIDOS POLÍTICOS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. – A Constituição da República, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, consagrou, em seu texto, o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos, definindo princípios, que, revestidos de estatura jurídica incontestável, fixam diretrizes normativas e instituem vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias. Precedentes. – A norma constitucional dos partidos políticos – que concorrem para a formação da vontade política do povo – tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos. – A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo – fonte de que emana a soberania nacional – tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. As agremiações partidárias, como corpos intermediários que são, posicionando-se entre a sociedade civil e a sociedade política, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional. **A NATUREZA PARTIDÁRIA DO MANDATO REPRESENTATIVO TRADUZ EMANAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVÊ O “SISTEMA PROPORCIONAL”.** – O mandato representativo não constitui projeção de um direito pessoal titularizado pelo parlamentar eleito, mas representa, ao contrário, expressão que deriva da indispensável vinculação do candidato ao partido político, cuja titularidade sobre as vagas conquistadas no processo eleitoral resulta de “fundamento constitucional autônomo”, identificável tanto no art. 14, § 3.º, inciso V (que define a filiação partidária como condição de elegibilidade) quanto no art. 45, “caput” (que consagra o “sistema proporcional”), da Constituição da República. – O sistema eleitoral proporcional: um modelo mais adequado ao exercício democrático do poder, especialmente porque assegura, às minorias, o direito de representação e viabiliza, às correntes políticas, o exercício do direito de oposição parlamentar. Doutrina. – A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudula, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República. **A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA COMO GESTO DE DESRESPEITO AO POSTULADO DEMOCRÁTICO.** – A exigência de fidelidade partidária traduz e reflete valor constitucional impregnado de elevada significação político-jurídica, cuja observância, pelos detentores de mandato legislativo, representa expressão de respeito tanto aos cidadãos que os elegeram (vínculo popular) quanto aos partidos políticos que lhes propiciaram a candidatura (vínculo partidário). – O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja, com maior razão, ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por justas razões, não só surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – desfalcando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas –, mas culminam por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, até, em clara fraude à vontade popular e em frontal transgressão ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, em face de súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política. A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais – notadamente o direito de oposição – que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1.º, I, II e V). – A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1.º, “in fine”), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade dentro do partido que abandonou” (Min. Cezar Peluso). **A INSTAURAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA ELEITORAL, DE PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO.** – O Tribunal Superior Eleitoral, no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento positivo, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral, em ordem a estruturar, de modo formal, as fases rituais desse mesmo procedimento, valendo-se, para tanto, se assim o entender pertinente, e para colmatar a lacuna normativa existente, da “analogia legis”, mediante aplicação, no que couber, das normas inscritas nos arts. 3.º a 7.º da Lei Complementar n.º 64/90. – Com esse procedimento de justificação, assegura-se, ao partido político e ao parlamentar que dele se desliga voluntariamente, a possibilidade de demonstrar, com ampla dilação probatória, perante a própria Justiça Eleitoral – e com pleno respeito ao direito de defesa (CF, art. 5.º, inciso LV) –, a ocorrência, ou não, de situações excepcionais legitimadoras do desligamento partidário do parlamentar eleito (Consulta TSE n.º 1.398/DF), para que se possa, se e quando for o caso, submeter, ao Presidente da Casa legislativa, o requerimento de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais. **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E LEGITIMIDADE DOS ATOS LEGISLATIVOS PRATICADOS PELO PARLAMENTAR INFIEL.** A desfiliação partidária do candidato eleito e a sua filiação a partido diverso daquele sob cuja legenda se elegeu, ocorridas sem justo motivo, assim reconhecido por órgão competente da Justiça Eleitoral, embora configurando atos de transgressão à fidelidade partidária – o que permite, ao partido político prejudicado, preservar a vaga até então ocupada pelo parlamentar infiel –, não geram nem provocam a invalidação dos atos legislativos e administrativos, para cuja formação concorreu, com a integração de sua vontade, esse mesmo parlamentar. Aplicação, ao caso, da teoria da investidura funcional aparente. Doutrina. Precedentes. **REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.** – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois

lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta n.º 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603, Relator(a) : Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318) No mesmo sentido, vale mencionar a QO no RE 586.453 (Min. Toffoli, Plenário, Maioria, j. 20.02.2013).

79 - RE 377.457/PR; RE 381.964/MG; RE 592.148 (Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 25.08.2009) e AI 633563 (Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 19.04.2011).

80 - PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. Trata-se de Embargos de Declaração em que se postula modulação dos efeitos diante de suposta alteração na jurisprudência do STJ, relativamente à incidência de ISS sobre serviços de praticagem. 2. Ocorre que os Embargos de Divergência foram liminarmente rejeitados, porque não demonstrada a similitude fático-jurídica entre o acórdão hostilizado e os arestos paradigmas. 3. Sem prejuízo, o pedido de modulação dos efeitos foi deduzido mediante invocação de precedente que não havia sido apontado como emblemático do suposto dissídio entre as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ. 4. A decisão que não enfrenta o mérito do recurso não comporta modulação dos efeitos. Ademais, a Primeira Seção do STJ, nos ERESPP 738.689/PR (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.10.2007), firmou a orientação de que, “salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”. 5. Diante do caráter protetório do presente recurso, impõe-se a fixação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC. 6. Embargos de Declaração rejeitados, com imposição de multa de 1% do valor da causa, devidamente atualizado. EDcl no AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N.º 724.111 – RJ (2010/0040920-6) RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN. No mesmo sentido: Eresp 738.689/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª S., j. 27.06.2007. Em sentido oposto, reconhecendo a necessidade da aplicação da modulação: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. RECESSO FORENSE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL (ARESP 137.141/SE). CONVERSÃO EM RECURSO ESPECIAL. 1. É sabido que esta Corte Superior de Justiça até aqui ampara a tese de que o Ministério Público Estadual não é parte legítima para atuar perante os Tribunais Superiores, uma vez que tal atividade estaria restrita ao Ministério Público Federal. 2. O Ministério Público dos Estados não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante esta Corte Superior de Justiça. 3. Não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo. 4. A atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como custos legis. 5. Recentemente, durante o julgamento da questão de ordem no Recurso Extraordinário n.º 593.727/MG, em que discutia a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, decidiu-se pela legitimidade do Ministério Público Estadual atuar perante a Suprema Corte. 6. Legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar perante esta Corte Superior de Justiça, na qualidade de autor da ação, atribuindo efeitos prospectivos à decisão. 7. A jurisprudência do STJ estabelecia que, para fins de demonstração do recurso, incumbia à parte, no momento da interposição, comprovar a ocorrência de suspensão dos prazos processuais em decorrência de feriado local, ausência de expediente forense, recesso forense, dentre outros motivos, não se admitindo a juntada posterior do documento comprobatório. 8. A Corte Especial, no julgamento do AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, ocorrido no dia 19.9.2012, acompanhando o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no AgRg no RE n.º 626.358/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 23.8.2012, modificou sua jurisprudência, passando a permitir a comprovação de feriado local ou suspensão dos prazos processuais não certificada nos autos em momento posterior à interposição do recurso na origem. 9. Nos presentes autos, constata-se que houve a comprovação, no agravo regimental do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, acerca da suspensão dos prazos processuais em decorrência do recesso forense no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. 10. Agravos regimentais providos para afastar a intempestividade e determinar a conversão dos autos em recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ (AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012)



Apesar da dispersão de precedentes nos Tribunais Superiores, factível sustentar o encerramento da polêmica, pois o artigo 927, § 3.º, CPC/2015 preconiza, textualmente, a possibilidade/necessidade da modulação dos efeitos temporais.

Por fim, impende ressaltar a existência de técnicas preparatórias para a revogação de precedentes, usadas justamente para a garantia da segurança jurídica e da legítima expectativa: i) signaling e ii) julgamento-alerta.

O *signaling* é um parâmetro inicial de revogação prospectiva do precedente.⁸¹ O Tribunal, perdoem o truísmo, sinaliza a alteração/revogação do precedente.⁸² Nesta técnica, o precedente já está praticamente superado ou tido como superado, mas ainda não houve a efetivação prática da superação para a preservação da segurança jurídica.

A técnica do julgamento-alerta, por sua vez, consiste no anúncio público de possível alteração de entendimento, ou seja, antes da sua superação/modificação, para possibilitar a ocorrência de debates acerca do tema e para facilitar a transição entre o entendimento a ser superado e o novo entendimento.⁸³

5.2.2 *Overriding/Modifying*

Por meio da técnica do *overriding*, também denominada *modifying* não há superação total do precedente, mas sim, superação parcial da eficácia do precedente. É técnica utilizada para reconhecer a existência de um fundamento apto a modificar a ratio decidendi, sem, contudo, superá-lo integralmente.

As mesmas causas, guardadas as devidas proporções de extensão e resultado, geradoras do *overruling*, aplicam-se ao *overriding*, conforme abordado no tópico anterior.

Considerando a possibilidade de ocorrer superação parcial de um precedente (*overriding*) através da entrada em vigor do CPC/2015, vale mencionar, sem a pretensão de esgotamento, alguns exemplos:

- a) a súmula 292 do STJ foi parcialmente superada com o advento do artigo 702, § 6.º, por não haver mais a necessidade da conversão em procedimento comum para possibilitar a reconvenção em sede de ação monitória;
- b) a súmula 489 do STJ foi parcialmente superada com o advento do artigo 57, pois a continência poderá ensejar duas consequências processuais: reunião das ações no juízo prevento para julgamento simultâneo ou extinção do processo sem resolução de mérito;
- c) a súmula 636 do STF foi parcialmente superada com o advento do artigo 1033, pois

81 - MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. ed. São Paulo: RT, 2015, p.275.

82 - "Por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados. De acordo com a doutrina, uma das utilidades desta técnica é a de servir à moldagem da eficácia temporal quando o precedente for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva." DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10 ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.378.

83 - CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, n. 221, p. 39.

a hipótese permanece sendo de não cabimento do recurso extraordinário, mas o STF deverá remetê-lo para o STJ para julgamento como recurso especial.

A doutrina aponta a existência de duas técnicas derivadas do *overriding/modifying* da *ratio decidendi*, quais sejam: i) *narrowing* e ii) *extending*.

Através do *narrowing*, o tribunal fixa um estreitamento da *ratio decidendi* com o consequente *overriding*.

Exemplo interessante de *overriding*, com o *narrowing*, é o referente ao confronto entre a súmula 202 do STJ e o entendimento fixado no AgrG no RMS 048399/SP⁸⁴. Após este novo entendimento, a impetração de segurança por terceiro, nos moldes da Súmula 202 do STJ, fica afastada na hipótese em que a impetrante teve ciência da decisão que lhe prejudicou e não utilizou o recurso cabível. O excepcional manejo, portanto, do mandado de segurança por terceiro prejudicado contra ato judicial considerado teratológico poderá ocorrer na hipótese de ser completamente alheio ao processo causador de gravame.

Através do *extending*, o tribunal fixa um alargamento da *ratio decidendi* com o consequente *overriding*.

Exemplo interessante de *overriding*, com o consequente *extending*, é o que deriva da nova redação conferida ao artigo 7.º, incisos, XXIV, XXI, a) e §§ 10 ao 12 da Lei 8906/94 (com as alterações decorrentes da Lei 13245/16⁸⁵), que gerou a superação parcial da súmula vinculante 14 do STF.

Com esta alteração legislativa, a defesa técnica (advogado/defensor público) poderá acessar os autos de uma investigação (criminal, civil ou administrativa), ainda que seja decretado o sigilo, par visualizar diligências encetadas, mesmo que não iniciadas, desde que a promoção da autoridade policial ou do Ministério Público já esteja documentada. Explica-se. Com a redação da súmula vinculante 14 do STF, a defesa técnica somente poderá acessar, quando houver sigilo decretado, as diligências já realizadas e documentadas nos autos. Com a redação do artigo 7.º, § 12 da Lei 8906/94, a defesa técnica poderá requerer a decretação de invalidade da investigação, caso algum documento seja retirado do procedimento. Ora, a promoção determinando a realização de uma diligência sigilosa, por certo, deverá ser acobertada sob o manto do mesmo sigilo, sob pena de inocuidade, pois a defesa técnica terá ciência antecipada das diligências que serão realizadas.

Além desta extensão, vale mencionar que a nova redação conferida ao artigo menciona-

84 - Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 01/09/2015, DJE 08/09/2015.

85 - "Art. 7º XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; § 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV; § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. § 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente." (NR).



do contém norma genérica aplicável a todos os tipos de procedimento, inclusive Inquérito Civil (artigo 8.º da Lei 7347/85).

No *overriding*, portanto, o órgão jurisdicional apenas limita ou amplia o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Não gera substituição da norma contida no precedente, somente uma restrição ou extensão da sua incidência. A rigor, nesta técnica, verifica-se que uma questão de direito restringe o suporte fático.⁸⁶

Esta técnica não deve ser confundida com o reversal. Este instituto representa a reforma, por uma Corte Superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. Trata-se de uma técnica de controle de precedente e não de superação. Pode ser encontrada no CPC/2015 nos seguintes artigos: 932, inciso V; 988, incisos III e IV e 1021. Pode ser encontrada, ainda, no artigo 7.º da lei 11417/2006.⁸⁷

5.2.3 – Transformation

O órgão jurisdicional responsável pela formação do precedente conferirá significado tão diverso a um comando (tese jurídica), que, na verdade, ensejará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente. Por meio desta técnica, o tribunal tenta compatibilizar o entendimento anterior (tendente a ser superado/modificado) com o novo entendimento (tendente a ser fixado), embora deixe de aplicar o precedente.⁸⁸

Trata-se de modalidade de superação que não pode ser admitida em nosso ordenamento, sob pena de violar o sistema de precedentes, pois exige-se, conforme artigo 927, § 4.º, CPC/2015, fundamentação adequada e específica. Violará, também, o dever de coerência previsto no artigo 926, CPC/2015.

6. PRECEDENTES VINCULANTES OU OBRIGATÓRIOS NO CPC/2015

O CPC/2015, em artigo 927, elenca os precedentes vinculantes ou obrigatórios no sistema.⁸⁹

O rol previsto no artigo 927, CPC/2015 não é exaustivo e deve ser analisado em conjunto com as demais normas do microsistema dos precedentes. Os precedentes consolidados em súmulas dos Tribunais (de origem ou superiores) vinculam o próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados, por força dos deveres jurídicos impostos pela norma do artigo 926.⁹⁰

86 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.

87 - "Há instrumentos processuais de que o jurisdicionado se pode valer para controlar a decisão judicial que, invocando um precedente (jurisprudência ou súmula), lhe cause gravame." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10 ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 300.

88 - MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. ed. São Paulo: RT, 2015, p.175 ; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 315; PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. RECIFE: UFPE, 2015, p. 132.

89 - Em sentido contrário, vale mencionar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara: "Assim é que têm eficácia vinculante as decisões e enunciados sumulares indicados nos incisos I a III do art. 927; e são meramente argumentativas as decisões e verbetes sumulares de que tratam os incisos IV e V do mesmo artigo." *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Editora Atlas.

90 - "Antes mesmo de produzir e seguir a sua própria súmula, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes, para que haja sólida jurisprudência a ser sumulada. Esse dever é um dos conteúdos dos deveres gerais de integridade e coerência." DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2015, p.300.

A necessidade de aplicação sistêmica das normas do sistema jurídico dos precedentes é evidenciada pela possibilidade de decisão monocrática em sede de conflito de competência (artigo 955, parágrafo único), bem como diante da possibilidade da improcedência liminar (artigo 332, inciso IV).⁹¹

Os precedentes vinculantes, portanto, previstos no rol do artigo 927, CPC/2015 são os seguintes:

- a) precedentes decorrentes de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 927, inciso I, CPC/2015 c/c artigos 102, § 2.º, CR/88; 28, parágrafo único da lei 9868/99; 10, § 3.º da lei 9882/99).
- b) precedentes cuja *ratio decidendi* foi positivada em enunciado de súmula (artigos 927, incisos I e IV, CPC/2015 c/c 103-A, CR/88).
- c) precedentes formados através do microssistema de julgamento de demandas repetitivas (artigos 138, 489, § 1.º, 927, inciso III e § 2.º, 983, 984, § 2.º, 1038, incisos I e II e § 3.º, CPC/2015). Trata-se de uma formação concentrada de precedentes obrigatórios.
- d) Precedentes originários dos órgão especial ou pleno (artigo 927, inciso V, CPC/2015).

Neste último caso, podemos verificar duas espécies de vinculação: i) interna e ii) externa.

A vinculação interna ou dimensão horizontal é aquela que abrange todos os órgãos jurisdicionais no plano horizontal (órgãos fracionários) vinculados ao órgão especial ou pleno da Corte formadora do precedente. Esta vinculação/dimensão gera o chamado *self-precedent*, que determina a necessidade do tribunal seguir em caso posterior o precedente por ele mesmo fixado.

A vinculação externa é aquela que abrange todos os órgãos jurisdicionais no plano vertical (órgãos inferiores- juízos e tribunais) vinculados ao órgão especial ou pleno da Corte formadora do precedente. Os precedentes, portanto, dos Órgãos Especial e Pleno dos Tribunais Superiores vinculam os tribunais e juízos inferiores. Os precedentes dos Órgãos e Pleno dos Tribunais de origem vinculam os órgãos fracionários e os demais órgãos jurisdicionais inferiores.

7. JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

O artigo 928, CPC/2015 elenca as hipóteses de julgamento de casos repetitivos, denominada de litigiosidade de massa. Este artigo elenca um rol taxativo destas hipóteses, salvo se houver lei processual expressa prevendo regras idênticas.⁹²

O julgamento de casos repetitivos gera o chamado processo-modelo, processo-piloto ou processo-tipo. Esta técnica de julgamento tem por objetivo fixar uma tese jurídica para aplicação em casos semelhantes.

O julgamento de casos repetitivos está fulcrado em três pilares: economia processual,

91 - Vale mencionar a guisa de remissão o artigo 19, § 1.º ao 5.º da Lei 10522/2002, com as alterações decorrentes da lei 12.844/2013.

92 - AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. ed. São Paulo: RT, 2015, p.1240.



coerência e contraditório.

Para cumprir estes três pilares citados, o CPC/2015 preconiza a necessidade de observância do seguinte:

- a) debate amplo, participativo e multilateral (artigos 927, § 2.º, 979, 983 e 1038);
- b) o acórdão deverá analisar todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários (artigo 984, § 2.º);
- c) identificação precisa da questão que será submetida a julgamento (artigo 1037, inciso I).

Além da análise das hipóteses que configuram julgamento de casos repetitivos, dos seus pilares e dos deveres dos tribunais, impende destacar o seguinte:

- a) O CPC/2015 prevê diversas técnicas procedimentais correlatas ao julgamento de casos repetitivos, tais como as previstas nos artigos 12, § 2.º, inciso II; 139, inciso X; 311, inciso II, 332, inciso II; 496, § 4.º, inciso II, 521, inciso IV, 932, inciso IV, b); 932, inciso V, b); 955, parágrafo único, inciso II; 988, inciso IV; 998, parágrafo único; 1022, parágrafo único, inciso I.
- b) O CPC/2015 preconiza que as decisões oriundas do julgamento de casos repetitivos acarretará eficácia vinculante, conforme artigo 927, inciso III.

Somente será utilizado este modelo de julgamento em questões de direito, que configurem tese jurídica comum, pois, neste caso, tecnicamente, ensejará demandas repetitivas.

Para certo setor doutrinário, os casos repetitivos dizem respeito somente às questões repetitivas, sejam de direito material ou de direito processual (artigo 928, parágrafo único, CPC/2015). As demandas repetitivas não estariam necessariamente abrangidas.⁹³

Apesar deste entendimento, prevalece a ideia, notadamente diante da literalidade da norma, de que as demandas repetitivas, quando ensejadoras do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 976, CPC/2015), estarão abrangidas pela norma.

Assim, somente serão considerados como hipóteses de julgamento de casos repetitivos: i) incidente de resolução de demandas repetitivas e ii) recursos especial e extraordinário repetitivos.

7.1 Coletivização das demandas individuais

O CPC/2015 preconizou a coletivização das demandas individuais através do emprego de técnicas e incidentes, quais sejam: i) intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva (artigo 139, inciso X); ii) conversão de ação individual em ação coletiva (artigo 333) e iii) incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 976).

93 - MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. ed. São Paulo: RT. 2015, p. 1300 “Assim, pode-se estar diante de tema que não ensejaria o ajuizamento de uma ação específica, mas que deva ser resolvido, incidentalmente, em um grande número de ações judiciais. É inegável, de todo modo, que, nos casos de conflitos sobre direitos coletivos, muito provavelmente poderá haver justificativa para a admissão de recurso ou incidente de casos repetitivos, e, embora possa parecer paradoxal, medidas dessa natureza terão ainda maior serventia naqueles casos em que, por restrições legais ou da própria natureza do procedimento, uma ação coletiva não for admissível ou, se admissível, não solver satisfatoriamente as questões repetitivas.”

Estas técnicas fazem parte do microsistema da teoria dos precedentes, pois têm como objetivo conferir segurança jurídica e isonomia, na medida em que evitam dispersão de precedentes em mesma situação jurídica ensejadora das demandas.

A intimação dos legitimados coletivos para ajuizamento de demanda coletiva, que será abordada em tópico abaixo, visa reunir ações individuais repetitivas em uma única ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos.

A conversão de ação individual em ação coletiva, que foi vetada e, portanto, não ingressou em nosso ordenamento jurídico, tinha como objetivo precípua coletivizar as ações propostas como individuais, quando, na verdade, deveriam ter sido propostas como ações coletivas em defesa de direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Este instituto deveria ser aplicado aos casos de ações individuais com efeitos coletivos (artigo 333, inciso I), bem como aos casos de ações pseudoindividuais (artigo 333, inciso II).

Neste ponto, impende destacar as diferenças entre ações meramente/puramente/tipicamente individuais, individuais com efeitos coletivos e pseudoindividuais⁹⁴.

As ações puramente/meramente/tipicamente individuais são aquelas em que a pretensão também é pessoal, veiculando um direito subjetivo. Nestes casos, o resultado da demanda atingirá a esfera jurídica das partes, na forma do artigo 506, CPC/2015.

As ações individuais com efeitos coletivos são aquelas ajuizadas como individuais, mas cujo resultado, ainda que indiretamente, atingirá a todos. São ações que, em função do pedido, os efeitos da sentença atingem a própria coletividade.

As ações pseudoindividuais são aquelas lastreadas em uma relação, fática ou jurídica, de direito material incindível/indivisível que, por via de consequência, deve receber uma tutela jurisdicional unitária. Assim, o pedido formulado na demanda, embora baseado em interesse subjetivo, deveria ter sido formulado coletivamente.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), tem por finalidade a fixação de tese jurídica que será aplicável aos casos futuros, quando existirem demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito, material ou processual.

As demandas repetitivas, portanto, poderão ser objeto da técnica prevista no artigo 139, inciso X e do IRDR. Entretanto, os objetivos e efeitos são diversos.

A técnica prevista no artigo 139, inciso X tem por objetivo provocar a propositura de uma demanda coletiva para a obtenção de eficácia subjetiva *erga omnes*, na forma do artigo 103, inciso III, CDC.⁹⁵ Com o julgamento da demanda coletiva, haverá óbice para a propositura de outras demandas coletivas, caso o resultado seja diverso da improcedência por insuficiência de provas.

O IRDR, por sua vez, tem por objetivo a uniformidade da aplicação do ordenamento

94 - Para visualização dos exemplos e repercussão no incidente de resolução de demandas repetitivas, remetemos o leitor para o capítulo correspondente.

95 - Adotamos a nomenclatura apresentada por estar prevista literalmente no CDC, mas sustentamos que a nomenclatura correta seria *erga victimas*, pois a eficácia subjetiva não atinge a todos de forma indistinta, mas sim às vítimas do evento.

jurídico através da fixação de uma tese jurídica que valerá para todos os processos que versarem sobre a mesma questão de direito. Assim, cada caso novo, que verse sobre a mesma questão de direito, ensejará a realização de um novo julgamento para aplicação da tese jurídica fixada.

7.2 Direitos Repetitivos e Direitos Individuais Homogêneos

Os direitos repetitivos são parecidos com os individuais homogêneos, mas, ao invés de decorrerem de uma origem comum, de fato e de direito, são apenas semelhantes.⁹⁶ As demandas repetitivas têm fundamento em situações jurídicas homogêneas, mas possuem um perfil que não permite circunscrevê-las aos direitos individuais homogêneos.⁹⁷

Caso existam diversas demandas em curso versando sobre a mesma questão de fato (fato de origem comum), poderá, conforme a hipótese, ensejar a necessidade de coletivização da demanda (não se trata de conversão da demanda individual em coletiva, posto vetada!), através da propositura de Ação Coletiva (Ação Civil Pública), com fulcro no artigo 81, parágrafo único, inciso III da Lei 8078/90. Na hipótese de fato de origem comum, com sujeitos determinados, que pertencem à uma coletividade, poderá ser identificado interesse individual homogêneo. Os direitos individuais, quando coexistirem por uma origem comum, darão vida ao direito individual homogêneo.⁹⁸

7.3 – Intimação dos legitimados coletivos sobre a existência de demandas repetitivas

O artigo 139, inciso X CPC/2015 preconiza o poder-dever do magistrado oficial os legitimados coletivos cientificando-se-lhes acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Este artigo versa sobre ações individuais repetitivas que serão aglomeradas em um única ação em defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, aplicação de uma técnica de coletivização das demandas individuais.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta e recomendação.

96 - "Os titulares dos direitos repetidos não formam uma coletividade além daquela que só pode ser constatada no caso concreto, analisando-se quem tem um direito semelhante a outro." [...] "se considerou como repetitivas as demandas provenientes de situações de fato ou relações jurídicas idênticas, baseadas exatamente nos mesmos fundamentos legais. Com isso, a identidade de fundamento legal que gerou a demanda e a base de incidência fática comum conferem ao litígio grau máximo de semelhança. O que muda é apenas e exclusivamente o nome das partes." JUNIOR, Bruno Wurmbauer. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. ed. Paraná: Juruá. 2015, p.175.

97 - "São demandas-tipo, decorrentes de uma relação modelo, que ensejam soluções-padrão. Os processos que versam sobre os conflitos massificados lidam com conflitos cujos elementos objetivos (causa de pedir e pedido) se assemelham, mas não chegam a se identificar" BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 186, p. 87-98, ago. 2010, p. 90.

98 - CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 72, p. 13, out./dez. 2009; VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.

Entendemos que a notificação não enseja um caráter vinculativo, mas informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas, sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.⁹⁹

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a facultas agendi característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela idéia de indisponibilidade do interesse público.

Para análise da incidência do princípio supra citado, impende destacar as seguintes premissas: I) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade; II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim “representantes” da própria coletividade; III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou extrajudicialmente para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o Parquet furtar-se ao ajuizamento da ação.

Tanto isso é verdade, que alguns autores sustentam tratar-se de uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade.¹⁰⁰

No mesmo sentido, destacamos as lições de Édis Milaré: “Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.”¹⁰¹

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário; b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma tese jurídica, a notificação prevista

99 - “Trata-se aqui de estimular os legitimados às ações coletivas a ajuizarem a ação (que só poderá ser em defesa de direitos individuais homogêneos). Não se especifica, porém, que as ações individuais ficarão suspensas – ressalvados os casos em que a suspensão ocasionaria prejuízos ao demandante individual – nem se os autores de demandas individuais poderão ingressar no processo coletivo como litisconsortes.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.500.

100 - MELLO FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de, ET alli, A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos, cit., página 42.

101 - MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1990, p. 11.

neste artigo não impedirá a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no artigo 976 CPC/2015.

Conforme artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor e 22, § 1.º da Lei 12016/09, não existe litispendência entre as demandas individuais e coletivas, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser citados para optarem pelo prosseguimento ou suspensão das suas ações.

A legitimação coletiva prevista nos artigos 5.º da Lei 7347/85 e 82 do Código de Defesa do Consumidor é concorrente e disjuntiva (artigo 129, § 1.º CR/88), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

Entendemos que os legitimados coletivos deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III CR/88; artigos 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da lei 7347/85)¹⁰².

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134 CR/88 e 4.º, incisos VII e VIII da Lei Complementar 80/94). O Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento da ADI 3943, conferiu legitimação ampla para esta instituição na propositura das demandas coletivas.¹⁰³

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de execução das decisões de Tribunais de Contas.

Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada, ou seja, o âmbito

102 - STJ. 3ª Turma. Resp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência dos arts. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1.º e 5.º da Lei 7.347/85. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7.º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6.º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

103 - EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5.º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2.º DA LEI N. 11.448/2007) . TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRITO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5.º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3943, Relator(a) : Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015)



de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

7.4 Julgamento de casos repetitivos e Incidente de Assunção de Competência

O Incidente de Assunção de Competência (artigo 947, CPC/2015), apesar de inserido no microsistema de formação de precedentes vinculantes (artigos 332, inciso III; 493, § 4.º, inciso III; 932, inciso IV, c); 932, inciso V, c); 955, parágrafo único, inciso II; 988, inciso IV; 1022, parágrafo único, inciso I, CPC/2015), não faz parte do rol das hipóteses de julgamento de casos repetitivos.¹⁰⁴ Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos”, não será possível a utilização deste incidente quando couber o julgamento de casos repetitivos.¹⁰⁵

8. FUNÇÕES EXERCIDAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES POR INTERMÉDIO DO JULGAMENTO DOS RECURSOS

Para a melhor compreensão do sistema brasileiro, ora em testilha, é imprescindível analisar as funções exercidas pelos Tribunais Superiores, enquanto Cortes formadoras de precedentes.

Conforme apresentado por Claudia Aparecida Cimardi, em brilhante obra sobre o tema, o julgamento de mérito dos recursos excepcionais fixa uma tese aplicável ao caso subjacente a determinado processo, atribuindo a adequada interpretação à questão de direito contida na decisão recorrida, com eficácia restrita, exclusivamente, à específica causa em que foi interposto o recurso julgado, exceto em casos de julgamento de recursos repetitivos.

Nesta toada, afirma que existem quatro funções exercidas pelos Tribunais Superiores: a) função corretiva; b) função nomofilática; c) função paradigmática e d) função uniformizadora.

A função corretiva decorre da possibilidade dos Tribunais Superiores, diante da verificação da ocorrência de violação das normas constitucionais e/ou infraconstitucionais, corrigir o vício, bem como decidir novamente a causa, mediante a aplicação do Direito à espécie, conforme preconiza a súmula 456 do Supremo Tribunal Federal e o artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Impende salientar, por pertinência, que os Tribunais Superiores não poderão conhecer das matérias fáticas ou meramente probatórias, mas somente matérias de direito. Os Tribunais Superiores brasileiros são, por determinação imposta na Constituição Federal, conhecidos como os guardiões da higidez do Direito positivo. Na realização de tal mister, realizam a correção das decisões recorridas em desconformidade com o entendimento prevalente, conformam o conjunto de suas decisões como indicativo da direção que causas semelhantes devem trilhar, e, por conseguinte, condensam a interpretação do texto normativo que deve ser observada em decisões futuras, pelos demais integrantes do Poder Judiciário.¹⁰⁶

104 - “Trata-se, pois, de mecanismo a ser usado fora do estrito âmbito dos casos repetitivos (tanto assim que, por força do disposto no art. 928, o julgamento do incidente de assunção de competência não integra a categoria dos julgamentos de casos repetitivos.” [...] “Deve-se, então, considerar que o incidente de assunção de competência é um dos integrantes de um microsistema de formação de precedentes vinculantes (composto, também, pelos julgamentos de casos repetitivos) que se insere no corpo do CPC.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.200.

105 - Enunciado n. 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

106 - CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. ed. ESTADO: RT, ANO, p. 131-147.

A função nomofilática, que nada mais é do que a proteção da letra da lei, segundo prestigiosa doutrina, sofre uma subdivisão. A nomofilaquia dialética ou tendencial e a nomofilaquia tradicional. A função nomofilática dialética ou tendencial é a:

[...] persecução da unidade do direito mediante a utilização de processos hermenêuticos na identificação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais, vale dizer, por intermédio de processo dialético que possibilite ao juiz aferir, dentre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide.¹⁰⁷

A função nomofilática tradicional nada mais é do que assegurar a uniformidade da interpretação das normas jurídicas. Neste sentido, as decisões dos Tribunais Superiores deverão ser observadas, posto dever jurídico institucional. Caso o magistrado situado em posição hierárquica inferior deseje não seguir o entendimento fixado, deverá, observando-se o artigo 489, § 1.º, inciso VI do CPC/2015, fundamentar sua decisão de forma mais adequada e efetiva.

A função paradigmática, como o próprio nome faz supor, é aquela que informa que a decisão, ainda que não seja tecnicamente considerada como precedente, servirá como paradigma interpretativo para a solução do caso concreto posto em análise.¹⁰⁸

A função uniformizadora, que decorre da função nomofilática, é aquela que visa à homogeneidade na interpretação e na aplicação das normas positivas, em todo o território nacional. Esta função possui dois valores claros: coerência interna das decisões das Cortes Superiores e o da eficiência da atividade jurisdicional. A conjugação destes valores informa que a função uniformizadora, assim como a nomofilática, tem como desiderato promover a igualdade e a previsibilidade da decisões judiciais. A prática da função uniformizadora tem por propósito retirar do sistema as interpretações erradas ou inadequadas, conduzindo a solução do caso concreto ao julgamento que se funde em entendimento correto adequado.¹⁰⁹

9. CONCLUSÃO

O sistema brasileiro de precedentes instituído pelo CPC/15 não é novo em sua essência, pois alguns instrumentos já existiam em nosso ordenamento, mesmo fora do CPC. Não há, portanto, verdadeira novidade quanto ao tema, mas, contudo, pode-se afirmar que a novidade cinge-se a existência de dois microssistemas, dentro do CPC/15, que coexistem e que geram in-

107 - DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p.

108 - "Essa mudança repercutiu na percepção do mister essencial da atuação dos tribunais de cúpula, visto que as decisões proferidas, quanto ao julgamento de recursos de sua competência, não somente apresentam a solução para um específico litígio, mas se consubstanciam em parâmetro de interpretação de determinado texto normativo, a ser reproduzido pelos demais órgãos do Poder Judiciário, tendo-se sempre em vista a Constituição como norma maior." [...] "Constata-se, assim, que as decisões proferidas pelos tribunais de cúpula contribuem para a necessária coerência e consistência do sistema jurídico e, nessa medida, desempenham o papel de padrão interpretativo, o que confere às Cortes uma função eminentemente prospectiva, voltada à orientação dos demais órgãos do Poder Judiciário quando da efetivação da incidência das normas aos caso concreto. No exercício da atividade de "dizer o direito" em concreto, as Cortes Superiores geram pronunciamentos de relevante caráter paradigmático, pois é da essência de sua atividade interpretativa, tal qual prevista constitucionalmente, desenvolver a concretização das normas. CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. ESTADO: RT, ANO, p. 131-147.

109 - DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p.100.

fluências recíprocas, quais sejam: a) microsistema de formação de precedentes; b) microsistema de resolução de questões repetitivas.

A existência de tais microsistemas, sim, é uma festejada novidade, pois nos auxilia na resolução de eventuais antinomias e omissões.

Outro ponto que releva notar é a inexistência de coesão no texto legal quanto aos aspectos conceituais dos institutos correlatos ao tema precedentes. O legislador, de forma equivocada, adotou, ora como sinônimos, ora como espécies de um mesmo gênero os termos precedentes, tese jurídica, jurisprudência, jurisprudência dominante e súmula. Como exposto ao longo do texto, não são expressões sinônimas e a principal distinção entre os conceitos é justamente o aspecto quantitativo.

Merece críticas, também, a parca regulamentação das modalidades e técnicas de aplicação dos efeitos dos precedentes, notadamente quanto à modulação dos efeitos subjetivos da eficácia vinculante, bem como à redação do art. 927, CPC que gera dúvidas quanto à eficácia referida à todas as hipóteses.

O presente artigo teve por objetivo principal a apresentação do sistema brasileiro de precedentes criado pelo CPC/15.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. Editora RT. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 186, p. 87-98, ago. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2013, n221.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. Editora Atlas. 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Coleção Liebman. Editora RT. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização dos interesses individuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 72, p. 13, out./dez. 2009.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. Edição 2015. Editora Juspodivm.



_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Editora Juspodivm. 10. ed. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Coletivização de ações individuais após o veto*. Novo Código de Processo Civil. Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. Editora Saraiva. 2015.

JUNIOR, Bruno Wurmbauer. *Novo Código de Processo Civil e os direitos repetitivos*. Editora Juruá. 2015.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 06 jan. 2016.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador. Editora Juspodivm. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. Editora RT. 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Editora RT. 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo. Editora Renovar. 2008.

MILARÉ, Édis. *Ação Civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo. Saraiva. 1990.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*. A elaboração da motivação e a formação do precedente. Coleção o Novo Processo Civil. Editora RT. 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Editora Lumen Juris, 2011.

PECZENIK, Alexander. "Certainty or coherence". The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife. UFPE, 2015.

_____; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2014, n. 236.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da Tutela Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em: 04 jan 2016.

TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. RT. 2011.

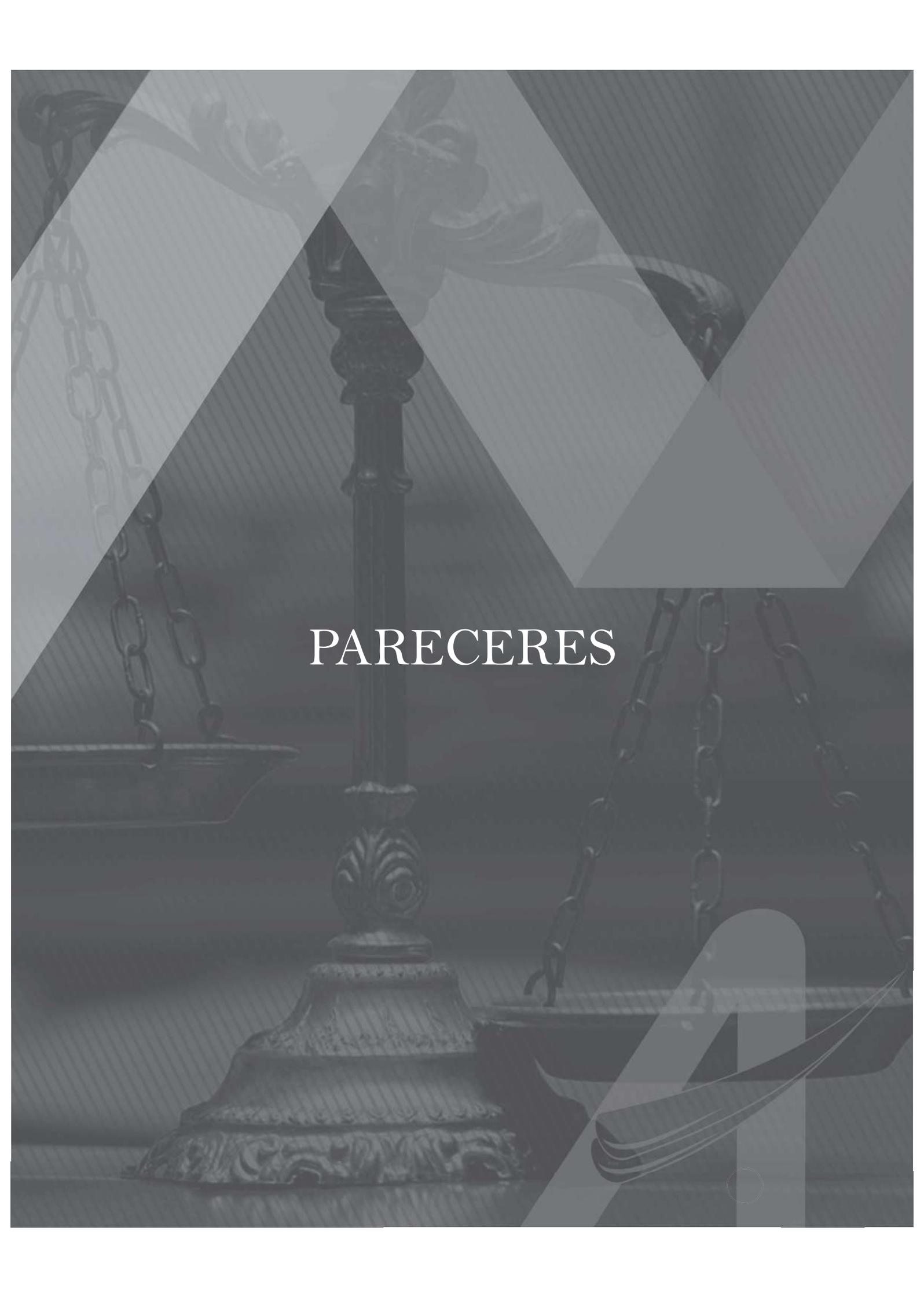
TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2004. RT.

VIAFORE, Daniele. *As ações repetitivas no Direito Brasileiro*. Editora Livraria do Advogado. 2014.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Editora RT. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. RT. 2005.





PARECERES