



Reflexões a respeito do tema "precedentes" no Brasil do século 21 (1)

Teresa Arruda Alvim

Advogada, Livre-Docente e Doutora em Direito pela PUC-SP, Professora na PUC-SP, Professora Visitante na Universidade de Cambridge (Inglaterra) e na Universidade de Lisboa, Diretora de Relações Internacionais do IBDP, Coordenadora da Revista de Processo

publicado em 29.06.2017

[\[enviar este artigo\]](#) [\[imprimir\]](#)

Sumário:

1 Importância do tema no Brasil é recente: causas. 2 O papel do NCPC. 3 Observância a precedentes: dever do juiz, que não existe só no *common law*. 4 O que é um precedente? 5 O art. 927 e sua desajeitada redação: os juízes e tribunais "observarão" (...). 6 A jurisprudência estável vai "engessar" o direito brasileiro? 7 A modulação. 8 Da improcedência liminar do pedido. 9 Da tutela da evidência. Conclusão.

1 Importância do tema no Brasil é recente: causas

A importância do tema **precedentes** no Brasil é relativamente recente. Muito provavelmente vem decorrendo de que, frequentemente, nos últimos tempos, a mesma questão jurídica vem sendo decidida de formas diferentes por diversos tribunais brasileiros.

Esse fenômeno tem várias causas: a quantidade imensa de tribunais que há no país, as profundas diferenças culturais que existem entre as regiões e, *last but not least*, o fato de o número de processos em curso ter aumentado significativamente nas últimas décadas.

Acontece, também, de a mesma questão ser decidida de modos diferentes por um **mesmo tribunal**. Não raramente, são os próprios tribunais de cúpula, cujo sentido e cuja razão de ser é dar a **última palavra** sobre o sentido da lei e da CF/1988 (em temas a respeito dos quais há repercussão geral), que proferem decisões diferentes acerca da mesma questão de direito. E, ademais, alteram sua jurisprudência muito rapidamente.

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário extrapolou a academia e atingiu o próprio operador do direito, por três razões: a) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de "opinião" dos tribunais; b) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem **questões de massa**. Nesse caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; c) passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade e da isonomia ficam inteiramente comprometidos, e a necessidade de que haja

segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade tornam-se irrealizáveis no plano empírico, nesse contexto.

Vem-se tornando cada vez mais evidente que a máxima no sentido de que, em países de *civil law*, o juiz deve decidir de acordo com sua própria convicção não pode ser levada às últimas consequências.

Desde a primeira reforma do art. 557 do CPC/1973, em 1998, com a Lei 9.756, de 17.12.1998, percebeu-se que o legislador já tinha sentido a necessidade de usar a jurisprudência como **forma de agilizar o procedimento**, dando-lhe, simultaneamente, mais prestígio.

Foram muitos os passos, e este não é o espaço apropriado para se fazer um retrospecto.

Basta, apenas, recordar que a valorização da jurisprudência, no sentido lato, leva: a) à possibilidade de se criarem institutos que levam à **aceleração do procedimento**; b) a que haja mais **credibilidade** em relação ao Poder Judiciário; c) a uma progressiva **diminuição da carga de trabalho** do Judiciário, já que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma "virada" **estimulam** não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações.

2 O papel do NCPC

Uma das principais características do NCPC é extrair todas as possíveis consequências positivas de se prestigiar a jurisprudência, não só, mas, principalmente, a dos tribunais superiores.

O art. 926 é sinal evidente dessa tendência: trata-se de um artigo de natureza principiológica, em que se recomenda aos tribunais, em geral, que uniformizem a sua jurisprudência, mantenham-na estável, íntegra e coerente. Pensamos que se inclui nesse dispositivo também a intenção de que não haja desuniformidade interna nos tribunais. Essa situação – de estabilidade, integridade e coerência – com certeza tende a diminuir a carga de recursos que seriam destinados a este tribunal, que passa a ser mais respeitado e a cumprir adequadamente com o dever de gerar segurança jurídica. Caso, é claro, deem atenção a esse dispositivo.

Recomenda-se, também, a edição de súmulas, e que essas súmulas contenham, na medida do possível, referências aos casos em que as decisões foram no sentido da tese jurídica adotada no verbete, para evitar que seja usada para resolver casos diferentes.

O NCPC age em todas as possíveis dimensões e direções: a) estimula a criação de jurisprudência uniforme e estável, com toda uma parte principiológica que está contida nos arts. 926 e 927. Assim, concretiza-se o princípio constitucional da isonomia, gera-se mais previsibilidade, criando-se uma dose mais elevada de segurança jurídica; b) usa esse parâmetro para empregar técnicas de aceleração do julgamento, como, por exemplo, se faz no art. 933, que trata dos poderes do relator; c) usa como parâmetro para especificar casos de cabimento ou de não cabimento de recursos (art. 1.035, § 3º); d) usa a conformidade com precedentes para resolver questões de direito idênticas, de massa, como ocorre no IRDR e nos recursos repetitivos.

3 Observância a precedentes: dever do juiz, que não existe só no *common law*

O Brasil é um país de *civil law*, ou seja, daqueles em que o juiz decide com base na lei. O natural, no nosso sistema, é que a força de orientação da

jurisprudência apareça, na medida em que essa jurisprudência é reiterada e uniforme.

Também é típico do nosso sistema que precedentes dos tribunais superiores, mesmo que seja **um só**, tenham autoridade diferenciada. Por isso é tão grave e indesejável que os tribunais superiores alterem frequentemente as suas posições.

Aliás, a própria estrutura do Poder Judiciário sugere que esse respeito deva, naturalmente, ocorrer. Órgãos que estão no vértice superior do triângulo devem proferir decisões que sejam paradigmáticas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a toda a sociedade: são, na verdade, normas de conduta.

A função normativa exercida pelo Judiciário, em maior ou menor intensidade, torna imperativo tanto o respeito a precedentes quanto o emprego de meios de resolução de conflitos de massa, por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os repetitivos, sob pena de haver intolerável desrespeito à isonomia.

O NCPC vai além dessas características típicas dos sistemas como o nosso e faz com que certas decisões, proferidas em **certos contextos** abaixo mencionados (item 4), **já nasçam** com força de precedentes que devem ser necessariamente respeitados, sob pena de estarem sujeitas à reclamação.

4 O que é um precedente?

É uma decisão (na verdade, a *ratio* dessa decisão) sobre um conflito existente entre Maria e João, que é seguida, obedecida e respeitada, no conflito posterior, igual, entre Silvío e Josefa, porque:

a) *a posteriori*, se percebe que a decisão é densa, bem fundamentada, tem valor intrínseco. Pode ser até mesmo uma sentença, uma decisão de um tribunal de segundo grau, mas o mais natural (o que habitualmente acontece) é que se trate de uma decisão de um tribunal superior;

b) *a priori*, nos países de *common law*, quando se trata de temas que são regidos por essa via (direito criado pelos tribunais), as decisões sobre o caso entre Maria e João **já nascem** como precedentes para outros casos e terão sido tomadas com base em outros precedentes.

É imprescindível observar que os precedentes, na Inglaterra e em outros países de *common law*, devem ser obedecidos e são utilizados para resolver casos subsequentes, ainda que não se trate de casos idênticos. Os fatos podem ser diferentes, mas as razões jurídicas fundamentais podem ser as mesmas (*ratio decidendi*, *core*, *holding* ou essência jurídica da decisão). Aqui no Brasil, os precedentes ainda são utilizados quase que exclusivamente quando os casos subsequentes são idênticos;

c) o NCPC elegeu alguns casos em que a decisão judicial, em certas circunstâncias (art. 927, III), já nasce como sendo **precedente**, em que se devem basear decisões posteriores em casos iguais, sob pena de reclamação. São precedentes de obrigatoriedade **forte**, já que o sistema concebeu um remédio cujo específico objetivo é levar à correção das decisões que deixam de se basear no que foi decidido anteriormente: a reclamação.

Isso é excepcional nos países de *civil law*. Tradicionalmente, o que acontece nesses países é que acaba se tornando naturalmente obrigatória a jurisprudência remansosa, pacificada, a respeito de certa questão de direito.

No Brasil, infelizmente, os tribunais superiores têm encontrado certa dificuldade, provavelmente como consequência do número elevadíssimo de

processos e de recursos que julgam, para **uniformizar** sua jurisprudência **interna e estabilizá-la**. Justamente por isso é que, por exemplo, o NCPC abriu consideravelmente as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, que são um recurso cuja função é **uniformizar** a jurisprudência dos tribunais superiores.

São, portanto, um recurso que **legitima** esses tribunais, fazendo com que estes exerçam a função que lhes foi constitucionalmente atribuída, devendo, assim, ser vistos com bons olhos.

Institutos como o IRDR, absolutamente novo, bem como os recursos repetitivos (RESP e RE), cujo regime foi aprimorado, mas que já existiam no CPC/1973, têm por objetivo gerar uniformização das decisões do Judiciário sobre a mesma tese jurídica, a partir de uma decisão do STJ ou do STF, quando se tratar de casos idênticos (normalmente, direitos individuais homogêneos ou situação equivalente), sendo reforçados pela obrigatoriedade "à brasileira", que, a nosso ver, consiste na necessidade de que haja algum tipo de consequência específica e indesejável: cabimento da reclamação.

Os precedentes devem ser respeitados, nos casos posteriores ao encerramento do incidente, e há obrigatoriedade que chamamos, como já observamos, de **forte**.

Em tempo: súmulas não são precedentes, é evidente. Mas sua presença constante no NCPC não deixa de ser um sintoma claro da relevância que se deve dar, à luz do novo código, à jurisprudência. As súmulas são uma espécie de **resumo** da essência da tese aplicada pelo tribunal reiteradamente para resolver casos semelhantes.

A assunção de competência pode ter lugar quando houver questões que se repitam país a fora e que possam ser decididas (prevenir ou corrigir divergências) ou já tenham sido decididas diferentemente, mas o instituto não se destina a resolver questões de massa, como ocorre com o IRDR ou com os RESP e RE repetitivos.

São questões que têm um núcleo idêntico e se repetem (a *ratio*, a *holding*, o *core*), embora não sejam necessariamente questões de massa.

Nesses casos, faz sentido se procurar a *ratio decidendi*, já que os casos não necessariamente são relativos a direitos individuais homogêneos. Nos outros, essa preocupação, de regra, não precisa existir, já que o precedente que deve servir de base à decisão é **absolutamente idêntico** ao caso que vai ser julgado, só variando as partes. E, às vezes, só uma delas.

5 O art. 927 e sua desajeitada redação: juízes e tribunais "observarão" (...)

Foi, a nosso ver, infeliz a expressão encontrada pelo legislador, para reunir, em um só artigo (art. 927), **situações diferentes**. A necessidade de respeito a decisões proferidas em ADIn, em AdeConst e em ADPF, bem como às súmulas vinculantes, **nada tem que ver com respeitar precedentes**. Súmulas não são decisões judiciais e decisões em controle concentrado não são precedentes. Obviamente têm de ser respeitadas, sob pena de reclamação!

Levando-se em conta o tipo de consequência que pode decorrer do afastamento do precedente, pode-se dizer que haverá, no Brasil, estando em vigor o NCPC, vários "graus" de obrigatoriedade. Certamente, aquele que a lei não pode resolver é o respeito que um tribunal tenha aos seus próprios precedentes. Isso é imperioso (jurisprudência estável) para que o que se "propõe" no NCPC gere resultados satisfatórios.

Precedentes vinculantes em sentido **forte** estão no art. 927, III. Fortes,

porque

ensejam

reclamação.

A Lei 13.256/2016, que modifica o NCPC mesmo antes de este entrar em vigor, retira parte da força dissuasiva (desestímulo) do cabimento da reclamação, pois no art. 988, § 5º, II, exige que, caso a reclamação seja proposta com o objetivo de levar à correção da decisão que desrespeita acórdão proferido em recurso especial ou extraordinário repetitivo, devem esgotar-se, preliminarmente, as instâncias ordinárias. A nova lei menciona também "recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida": supõe-se que não se poderá decidir contrariamente ao **reconhecimento** de que **há** repercussão geral quando a questão for **idêntica**, tampouco contra decisão propriamente do recurso (= mérito do recurso) que, agora, tem vinculação forte.

Nos incs. IV e V estão as situações em que a obrigatoriedade é **média**. É normal e desejável que esses parâmetros sejam respeitados, e, se houver afastamento deles, a decisão pode ser corrigida (ou não) pela via recursal. No que atine a precedentes, pode-se pensar na obrigatoriedade média gerada por um precedente da Corte Especial do STJ, cujo desrespeito só pode ser corrigido por meio de recurso, e não de reclamação. Há parâmetros, que não são precedentes, mas também devem ser respeitados. Súmulas, por exemplo. A correção se faz pela via recursal e pode nem mesmo ser feita! É que há súmulas antigas, contraditórias, superadas... Quanto às decisões do plenário e do órgão especial, de fato, desrespeitá-las é não entender o sentido da estrutura de um tribunal.

Assim, o código, quando usa a expressão "observar", que não tem sentido técnico, trata de situações diferentes, extremamente heterogêneas.

Pode-se, ainda, falar de um grau que, no Brasil, é **fraco** de obrigatoriedade: a "vinculatividade" de um juiz às suas próprias decisões. Essa vinculação é suave: mas é evidente que **se espera** coerência dos agentes do poder público, que devem inspirar confiabilidade na sociedade, gerando previsibilidade. Não há, todavia, remédio algum que sirva para veicular inconformismo em relação a um juiz ou tribunal ter desrespeitado suas próprias orientações. Mas um tribunal que desrespeita permanentemente seus precedentes presta um desserviço ao país.

6 A jurisprudência estável vai "engessar" o direito brasileiro?

Se os objetivos visados pelo NCPC forem alcançados, podem alguns levantar essa questão.

A resposta é negativa. A jurisprudência deve, sim, se alterar, porque é o termômetro mais sensível das mudanças que ocorrem na sociedade, e o direito serve a ela. Mas mudanças na sociedade ocorrem em **décadas, séculos**, e não em **dias** ou **meses** ou mesmo anos.

Se há certos campos do direito que sofrem diretamente efeitos gerados pelas mudanças sociais, como, por exemplo, o direito de família, outros campos há em que essas mudanças não podem ser levadas em consideração pelo juiz, como, *v.g.*, o direito tributário. É preferível que a mudança da regra se faça pela alteração da lei, por causa de regras de direito intertemporal e do prestígio que se dá, no direito tributário, a valores como segurança jurídica e previsibilidade.

O NCPC trata de demonstrar que a mudança da jurisprudência é algo que deve ser visto, sentido, como fenômeno excepcional e ocorrer de forma mais solene. Deve haver consciência de que se está mudando a regra, **a pauta de conduta** considerada correta, e isso não pode se alterar a **cada semana** nem a **cada mês**. A essa mudança consciente e lenta é que se chama *overruling* e que não é o que normalmente ocorre no Brasil.

O código novo deixa claro que essa mudança deve ser algo excepcional.

Prevê, por exemplo, que a mudança da orientação quanto à tese adotada em recurso repetitivo ou em IRDR poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de *amici curiae*. Essa mudança deve ser bem fundamentada e só ocorrer quando for mesmo necessária: diz a lei nova que devem ser levados em conta os princípios da confiança, da segurança jurídica e da proteção. O legislador mostra reconhecer que a estabilidade e a segurança são valores que devem ser levados em conta na hora de se decidir mudar uma orientação (art. 927, §§ 2º e 4º).

7 A modulação

Esta é uma novidade do NCPC que já vinha sendo feita no STF,⁽²⁾ mas que, de rigor, só era prevista em lei para o caso da ADIn.

O fato de ter o legislador posto no NCPC, expressamente, a possibilidade de haver modulação (art. 927, § 3º) decorre da consciência de que as decisões judiciais realmente criam normas jurídicas, que orientam a **conduta das pessoas**.

A interpretação da norma posta, em diversas medidas, **acrescenta sentido à pauta de conduta lá prevista**. Interpretar é compreender, e quem compreende o faz a seu modo.

Por isso, a incidência imediata da mudança pode gerar tumulto indesejável e, em atenção a razões de segurança jurídica e interesse social, pode o tribunal modular os **efeitos** dessa mudança.

Assim como a lei, uma vez alterada, atinge situações a partir do momento em que entra em **vigor e para o futuro**, se se reconhece que a mudança de orientação de um tribunal tem um peso e uma função muito semelhante à mudança da lei, é natural que também essa alteração **deva valer dali para frente**.

Mas a modulação é mais do que isso: **pode ser temporal, espacial, gradativa, escalonada**, enfim, é uma porta aberta para, em função da situação concreta, se estabelecerem regras quanto ao alcance da mudança.

A possibilidade de modulação existe quando houver alteração de tese jurídica adotada pela jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (e aqui se vê a tradição do nosso direito, é a jurisprudência dominante que deve ser – e é mesmo – acatada pelos demais tribunais e pela própria sociedade como pauta de conduta), de IRDR e de decisão proferida em repetitivos. Tem sido feita também em recursos extraordinários avulsos, que, por causa da última alteração do CPC (antes de entrar em vigor), também vinculam, sob pena de reclamação.

8 Da improcedência liminar do pedido

Decisões de tribunais e súmulas também são usadas em **técnicas para acelerar o procedimento**, como, por exemplo, o julgamento de mérito (improcedência) liminar do pedido, mesmo antes da citação do réu (art. 332).

Os parâmetros que permitem que o juiz julgue liminarmente o pedido, em causas em que seja desnecessária a fase instrutória, são a existência de: a) enunciados de súmula do STF ou do STJ; b) acórdão proferido em recurso repetitivo, em IRDR, ou em assunção de competência; e c) súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local.

Trata-se, no art. 322, I e IV, de casos de obrigatoriedade **média**. Já nos casos do art. 322, II e III, ao juiz não é dado outro caminho.

Sim, o respeito a precedentes envolve a necessidade de se abrir mão da própria convicção em nome de outras necessidades, de caráter público.

9 Da tutela da evidência

Outro momento em que se percebe a força da jurisprudência no NCPC é no art. 311, II, que diz poder ser concedida a tutela de urgência, independentemente da demonstração de qualquer espécie de *periculum*, quando as alegações do autor puderem ser comprovadas só por prova documental e o pedido for baseado em tese adotada em solução de IRDR, em repetitivos ou em súmula vinculante.

Conclusão

Vê-se, pois, que a força que se vem dando no Brasil à jurisprudência e a precedentes, mesmo considerados individualmente, nada mais é do que fruto da consciência de que o juiz cria direito e de que a isonomia tem que ser respeitada. Por bem ou por mal.

Notas:

1. Todos os artigos citados no texto **sem referência** são do NCPC.

2. “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS, aprovado pelo Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (STF, ARE 709.212/DF, Tribunal Pleno, j. 13.11.2014, rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão eletrônico, repercussão geral – mérito, **DJe** 19.02.2015)

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Teresa_Arruda_Alvim.html > Acesso em: 06 jul. 2017.