

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
1-71382-777-3(03) D.C.A.T.C.
Edição 190 - Junho de 2016
R\$ 16,90

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

**UM ANO DA LEI DE MEDIAÇÃO
"DEMOCRATIZAÇÃO DO
ACESSO À JUSTIÇA"**

EDITORIAL: Exemplos que marcam



O Novo Código de Processo Civil, os precedentes e o “stare decisis” vertical

Marcus Vinicius Furtado Coêlho | Advogado

No Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigência dia 18 de março de 2015, foi instituído um sistema de *stare decisis* vertical cuja operacionalização exigirá dos juristas brasileiros uma nova compreensão sobre o fenômeno jurídico. Acostumados a conceber o direito em termos de lei, a outrora gradual aproximação do direito brasileiro, cuja raiz é romano-germânica, com o modelo anglo-saxão

consolida-se de vez com a obrigatória aplicação dos precedentes superiores pelos órgãos judiciários. No presente trabalho, será objeto de análise esta aproximação, passando pelos modelos jurídicos da *civil law* e da *common law*, pela processo de *common-lawlização* do direito romano-germânico – e, em especial, do direito brasileiro.

Subjacente à riqueza do fenômeno jurídico, que permite um mesmo direito ser pensado, regrado

e aplicado dos mais diversos modos em cada ordenamento estatal, seria possível vislumbrar um sistema dotado de regras próprias para a interpretação, a harmonização e a realização do direito no caso concreto. Nas faculdades de direito Brasil afora, aprende-se desde cedo a oposição entre a *civil law* e a *common law*, que correspondem aos dois principais modelos jurídicos existentes. Embora esteja longe de abarcar a complexidade do fenômeno jurídico e, por mais polêmicos que sejam os seus critérios, é uma distinção didaticamente útil à compreensão das famílias do direito por apresentar suas respectivas regras, características e acepções, todas profundamente vinculadas às circunstâncias que determinaram seu surgimento e desenvolvimento¹.

De origem continental, a *civil law* desenvolveu-se na passagem do Século XII ao XIII a partir do resgate pelas universidades da experiência jurídica românica – em especial das compilações do Imperador Justiniano. Da análise do *Corpus Iuris Civilis* seria extraído, para além das categorias e conceitos, o método de raciocínio apropriado à resolução das controvérsias jurídicas, contribuindo assim à formação de uma ciência jurídica comum a todo continente. A característica fundamental da *civil law*, a codificação, é tributária da centralidade da lei no direito romano, cuja preocupação era revestir juízos sobre moral e justiça como regras de direito aptas a disciplinarem as relações entre indivíduos².

Do outro lado do canal da Mancha, o apreço dos ingleses à tradição desembocou em um sistema cujos operadores do direito são imbuídos de uma consciência histórica tamanha que sua principal fonte normativa é o costume assentado pelos precedentes dos tribunais³. Diferente do direito romano-germânico, onde “quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava a sua vontade pela positivação das normas de conduta”⁴, o direito anglo-saxão é casuístico. Na falta do código, os juízes decidiam a partir das circunstâncias do caso concreto em atenção aos costumes e aos juízos da sociedade.

Na condição de colônia de Portugal, o Brasil naturalmente aceitou as concepções típicas da *civil law* embutidas nas Ordenações Reais, sobretudo nas Ordenações Filipinas, cujo texto consistia basicamente em casos reais reduzidos a termo. Se

omissas as ordenações, aplicava-se o direito romano e canônico. Depois da independência, o Brasil basicamente reproduziu a tradição romano-germânica. Primeiro, quanto ao processo criminal e civil, os livros das Ordenações só seriam respectivamente revogados em 1832 e 1850, com o Código de Processo Criminal e o Regulamento nº 737. Ainda assim, ambos preservaram a influência da lei portuguesa⁵. Segundo, nossos juristas continuaram formando-se na Universidade de Coimbra e, mesmo com a abertura das primeiras faculdades de direito, preservou-se por detrás do esforço de codificação, visto como essencial à formação de uma cultura jurídica verdadeiramente nacional, um culto ao direito romano. Reflexo da reprodução da mentalidade de *civil law* pelo direito brasileiro, a jurisprudência possuía apenas autoridade doutrinária e moral, vez que o artigo 179, inciso I, da Constituição de 1824 e o artigo 72,

“Subjacente à riqueza do fenômeno jurídico, que permite um mesmo direito ser pensado, regrado e aplicado dos mais diversos modos em cada ordenamento estatal, seria possível vislumbrar um sistema dotado de regras próprias para a interpretação, a harmonização e a realização do direito no caso concreto.”

§1º, da Constituição de 1891 já esclareciam que ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei⁶. As decisões produziam efeitos apenas entre as partes diretamente implicadas no processo judicial.

No sistema romano-germânico, o respeito aos precedentes imprescindível à garantia aos jurisdicionados de segurança jurídica seria resultado natural dos princípios da legalidade e da isonomia. Sendo o juiz apenas a “boca da lei”, como preconizado por Montesquieu em atenção aos

limites impostos para a interpretação de leis, era esperado que o mesmo dispositivo fosse aplicado da mesma forma por todos os integrantes do Poder Judiciário. No modelo anglo-saxão, esta mesma segurança seria propiciada pela atribuição de efeito vinculante a decisões judiciais. De início, os precedentes apenas gozavam de relevância, mas, a fim de que o sistema evitasse decisões contraditórias, passaram a ser observância obrigatória, nos termos do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”, que determina o julgador formar juízo com fulcro nos precedentes de mesma natureza⁷.

Atualmente, devido à intensificação do processo de globalização, o já existente diálogo entre ambas as famílias provocou a *commonlawlização*, primeiro no comportamento dos operadores do *civil law* e, depois, no próprio modelo romano-germânico⁸. A gradual importância conferida às decisões judiciais

“ Consoante lição de Patrícia Perrone Campos Mello, é a ‘questão de direito que foi enfrentada como uma premissa necessária a alcançar o dispositivo do julgamento’. O restante nada mais será do que *obter dictum*, ou seja, matéria à margem das questões de direito firmadas no precedente e, portanto, isentas de efeito vinculante.”

e o prestígio atribuído à atividade criativa do magistrado repercutiu, em função da crise do Poder Judiciário, na inclusão do precedente judicial na pauta do dia⁹. No Brasil, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 03/93, que criou a ação declaratória de constitucionalidade e imprimiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões tomadas pelo Supremo no seu bojo, diversas foram as medidas empregadas nas reformas processuais para assim uniformizar o entendimento jurisprudencial.

Entre elas, cabe ressaltar a súmula vinculante e a reclamação constitucional. A primeira, instituída com a Emenda nº 45/04, possui o condão de pacificar controvérsia atual sobre o sentido, a validade e a eficácia de normas constitucionais, trazendo segurança jurídica e neutralizando a multiplicação de processos ao vincular os órgãos do Poder Judiciário e de toda a Administração Pública. Aprovado pelo Supremo Tribunal Federal por maioria de 2/3 de seus membros, a súmula vinculante pressupõe reiteradas decisões da Corte. Se contrariar o enunciado sumular, o ato administrativo ou a decisão judicial será passível de cassação pelo Supremo Tribunal Federal por meio de reclamação, que até a edição da Emenda nº 45 era cabível apenas em caso de contrariedade de decisão judicial ordinária frente à decisão do Supremo que, proferida no controle concentrado, era vinculante.

Assim foi por ocasião da elaboração do Novo Código de Processo Civil, cujas diretrizes incluíam a valorização da força da jurisprudência, como foi

cunhado pelo Presidente da Comissão do Senado Federal para redação do novo Código de Processo Civil e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Para tanto, seria imprescindível “conferir ao magistrado autorização para julgar liminarmente a causa com base em posicionamentos jurisprudenciais consolidados, como súmulas e recursos representativos de controvérsia do atual art. 543-C do CPC”.

No antigo diploma processual, o artigo 543-C disciplinava o processamento de recursos especiais que veiculassem idêntica questão de direito. Caberia ao Presidente do Tribunal selecionar para após remeter ao Superior Tribunal de Justiça os recursos representativos da controvérsia, com o sobrestamento dos demais até a resolução definitiva de mérito. O próprio Tribunal da Cidadania poderia determinar a suspensão na origem de recursos se identificasse a existência de jurisprudência dominante ou de afetação de matéria sobre a controvérsia. Tomada a decisão pelo STJ, deveriam os Tribunais de Justiça regionais ou denegar seguimento ao recurso, se o acórdão recorrido coincidir com o posicionamento *ad quem*, ou reexaminar o recurso se o acórdão divergir do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Aprofundando a sistemática de resolução de casos idênticos, o novo Código de Processo Civil criou um sistema de recursos extraordinário e especiais junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e instituiu incidente de resolução de demandas repetitivas nos demais tribunais. Semelhante ao procedimento do artigo 543-C do antigo código, este novo modelo vincula as instâncias inferiores às decisões proferidas em sede de demandas repetitivas, quando deverão as instâncias inferiores aplicar o entendimento fixado acerca da controvérsia jurídica para as ações sobrestadas na origem. Por sua vez, o IRDR assegura a isonomia e segurança jurídica ao prover a mesma resposta à questão replicada nas demandas de massa. Em ambos os institutos percebe-se a preocupação em identificar a matéria de direito a ser pacificada definitivamente pelos Tribunais, a fim de chegar à norma que governará os casos semelhantes: a *ratio decidendi*. Consoante lição de Patrícia Perrone Campos Mello, é a “questão de direito que foi enfrentada como uma premissa necessária a alcançar o dispositivo do julgamento”¹⁰. O restante nada mais será do que *obter dictum*, ou seja, matéria à margem das questões de direito firmadas no precedente e, portanto, isentas de efeito vinculante.

Assentado o precedente vinculante, caberá ao magistrado replicá-lo quando provocado a decidir sobre casos semelhantes. Para tanto, será necessário

identificar as circunstâncias relevantes e controvérsias jurídicas suscitadas da demanda para depois avaliar se a *ratio decidendi* será aplicável *in casu*. Sendo circunstâncias e controvérsias distintas daquelas contidas no precedente, o juiz estará diante de um caso distinto que merece uma decisão igualmente distinta. Faz-se, assim, o *distinguish* necessário. Da decisão que diverge dos precedentes, jurisprudência ou súmula sem provar haver ali distinção caberá reclamação na forma do artigo 998, inciso IV, do Novo CPC¹¹ ao Tribunal, que poderá ou cassar a decisão exorbitante do julgado ou determinar medida adequada à solução da questão.

Entretanto, não foi sem polêmica que o Novo CPC permitiu a fixação por meio de lei de decisões vinculantes que não as próprias súmulas previstas pelo artigo 103-A, §1º, A, da Constituição Federal de 1988¹². De acordo com o novo código, em seu artigo 927, os juízes e os tribunais deverão observar as decisões do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante, mas também os acórdãos em incidentes de assunção de competência, em resoluções de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, os enunciados do STF e do STJ, respectivamente em matéria constitucional e infraconstitucional, e, por fim, as orientações do Plenário ou do Órgão Especial aos quais estiverem vinculados. Contudo, para Pedro Lenza¹³, tais regras de vinculação deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional, já que o texto constitucional atribui efeito vinculante apenas às decisões do Supremo em sede de controle concentrado e súmulas vinculantes. Em igual sentido alega Nelson Nery Jr., para quem “colocaram no novo Código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional”¹⁴.

Com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, foi instituída dogmática adequada a um processo objetivo que permite soluções uniformes a casos em que sejam veiculadas as mesmas questões de direito, garantindo assim segurança, previsibilidade e racionalidade à ordem jurídica como um todo até mesmo no caso em que os precedentes forem superados. Conforme o parágrafo terceiro do artigo 927, em havendo mudança na jurisprudência, seus efeitos podem ser modulados em atenção à segurança jurídica e ao interesse social¹⁵. Trata-se de verdadeira inovação trazida pelo novo Código, vez que até então a modulação de efeitos era cabível somente no Supremo Tribunal Federal. Ao tempo em que permite ao direito desenvolver-se, as relações jurídicas consolidadas pelo tempo são protegidas em homenagem à segurança jurídica¹⁶.

Aprofundando os mecanismos da *common law* sem descuidar dos instrumentos próprios da *civil law*, o novo Código de Processo Civil constitui um verdadeiro marco na ordem jurídica brasileira, aliando com maestria o respeito aos precedentes tão caro aos saxões e o respeito à legalidade tão cara aos romanos. A partir de 18 de março de 2016, o direito brasileiro adentrou uma nova fase – e, com ele, seus operadores.

Notas

¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 22.

² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 23.

³ RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Milão: Giuffrè, 1962. p. 10.

⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.

⁵ MACIEL, Fábio Rodrigues. *Ordenações Filipinas: considerável influência no direito brasileiro*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em 12 de abril de 2016.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função – a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 77-78.

⁷ SABINO, Marco Antonio da Costa. *O precedente jurisprudencial vinculante e sua força no Brasil*. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*, n. 85, abril 2010. p. 53.

⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 6.

⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. p. 105.

¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC?* Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>>. Acesso em 12 de abril de 2016.

¹¹ Art. 992. Julgando precedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

¹² § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

¹³ LENZA, Pedro. *Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em 12 de abril de 2016.

¹⁴ RODAS, Sérgio. *Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nerj-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>. Acesso em 12 de abril de 2016.

¹⁵ § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

¹⁶ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 151.