

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Karin Andressa Lisboa Nunes

Kayro Ycaro Alencar Soares

JUDICIAL PRECEDENTS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND ITS CONSEQUENCES IN BRAZILIAN LAW

RESUMO

O presente artigo aborda o fortalecimento dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil (CPC), tema pertinente, portanto, ao direito processual civil. O escopo desse estudo é demonstrar de que forma o legislador trouxe ao novo CPC a utilização, a aplicação e a limitação dos precedentes judiciais, bem como estudar os prós e os contras do fortalecimento deles, auxiliando estudantes, advogados e profissionais da área jurídica a compreender a origem histórica, a aplicação e as consequências do surgimento desses precedentes no processo civil brasileiro. O método de abordagem do tema foi documental, baseado, em larga escala, na doutrina, porém, com aplicação do estudo comparativo na discussão sobre o *common law*. O resultado dessa investigação foi a construção de um texto composto por ampla informação sobre o *common law* e as diferenças entre este e o *civil law* bem como pela apresentação de conceitos doutrinários sobre os métodos de superação dos precedentes. Como conclusão, tem-se que o fortalecimento dos precedentes judiciais é positivo para o processo civil brasileiro, contanto que sejam utilizados corretamente os métodos para sua superação, a fim de evitar que haja engessamento dos direitos no País.

» **PALAVRAS-CHAVE:** PRECEDENTES JUDICIAIS. COMMON LAW. PROCESSO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO BRASILEIRO.

ABSTRACT

The current article deals with the arising of judicial precedents in the new Brazilian Civil Procedure Code, belonging to the field of civil procedural law. It analyzes the use, application and overcome of judicial precedents, beyond the study of its consequences in Brazilian law. To this work was used the study of the doctrine and a comparative method to explain differences between common and civil law. It intends to help all of those who are interested in discuss about law, specially the procedural code and judicial precedents. The results of the research were an article with large information about the subject, the common law and in which ways it's been applied around the world. As a conclusion it is said that the develop of judicial precedents in Brazilian law system is positive, provided the use of overruling and overriding by the judges and courts.

» **KEYWORDS:** STARE DECISIS. JUDICIAL PRECEDENTS. COMMON LAW. BRAZILIAN PROCEDURE CODE. BRAZILIAN LAW PROCEDURAL CODE.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro e demonstra como as mudanças ocasionadas por esse sistema repercutiram no ordenamento pátrio.

Com a vigência da Lei 13.105/15, foram introduzidos diversos institutos próprios do sistema de *common law* no Direito brasileiro, dentre eles os precedentes judiciais.

Muito se tem discutido sobre a inserção de um sistema genuíno de precedentes no Código de Processo Civil brasileiro, visto que a proposta aqui implantada, para muitos, não está realmente alinhada com a estrutura jurídica dos países do *common law*, tais como a Inglaterra e os Estados Unidos.

Os precedentes podem ser conceituados como decisões judiciais que já foram adotadas em casos similares, constituídos por uma única decisão ou por várias decisões no mesmo sentido, cuja proposta é que sirvam como meio para complementar o Direito e para auxiliar a lei.

No corrente artigo, são abordadas, ainda, concepções essenciais dentro do sistema de precedentes implantado no Brasil, como, por exemplo, o *distinguishing*, o *overruling* e o *overriding*.

Esses métodos são utilizados para afastar a aplicação de um precedente, bem como para evitar que o sistema instituído acabe se tornando demasiadamente enrijecido. Sendo assim, esses institutos servem, dentre outras coisas, como meios tanto para a distinção quanto para a superação dos precedentes.

Em momento oportuno, será melhor abordado como a globalização gerou a necessidade de buscar critérios que vão além do sistema *civil law*, já que o legislador pátrio não consegue acompanhar as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade e trazer soluções para todos os casos futuros.

1 O COMMON LAW E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A doutrina brasileira muito tem falado sobre o surgimento de um sistema de precedentes no País, a partir da entrada em vigor da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil). Muitos apontam, também, a possibilidade de estar sendo criado um novo sistema, híbrido, que integra aspectos tanto do *civil law* quanto do *common law*. No entanto, veremos, nesta seção, que a proposta apresentada pelo novo Código não está realmente alinhada com a estrutura jurídica dos países do *common law*.

Inicialmente, é necessário frisar que ainda existem leis escritas nesses países e que elas devem ser, e são, respeitadas. Os precedentes existem, portanto, para complementar o Direito, para auxiliar na interpretação da norma e para apresentar soluções para os casos não previstos em lei. Ocorre que, nesses países que adotam o sistema do *common law*, a exemplo da Inglaterra e dos Estados Unidos, quando comparados aos países que seguem o sistema romano-germânico, é possível observar menor detalhamento na lei (*statutes*), com uma margem maior para a atuação jurisdicional, o que naturalmente faz com que seja dada relevância à jurisprudência e aos precedentes judiciais.

Em sua origem, nas antigas ilhas britânicas, o *common law* surgiu em virtude da necessidade de um Direito centralizado em uma sociedade que estava em formação, que se apoiava no povo nas decisões dos tribunais, por falta de leis escritas completas. É um sistema que tem evoluído ao longo dos séculos até a estrutura atual, presente, principalmente, em países anglo-saxões. Esse sistema possui estrutura que evita, então, o enrijecimento das decisões, que ainda podem ser alteradas, conforme se transforma a sociedade e mudam seus valores e aspectos morais.

Não se pode dizer que todos os países que adotam esse sistema apresentem o mesmo tipo de estrutura e de procedimento. Assim, embora no primeiro momento o presente estudo se atenha ao modelo original inglês, mais puro, o foco será o estudo comparativo com o modelo norte-ameri-

cano, que é mais híbrido, apresentando nuances do modelo romano-germânico, o que o torna mais próximo da realidade brasileira.

1.1 O QUE É O *COMMON LAW*?

O *common law* é o sistema jurídico com maior força nos países anglo-saxões. O ordenamento jurídico que o tem como base é, normalmente, descodificado. Ou seja, não existe um compilado de leis, embora os juízes possam se basear em leis dispersas, originárias de decisões legislativas.

Os diferentes países que adotam esse sistema apresentam peculiaridades e diferenças na sua aplicação. No entanto, tem-se como ponto de interseção entre esses países a utilização dos precedentes como base das decisões judiciais.

Os precedentes nada mais são do que as decisões judiciais que já foram tomadas em casos similares ao que está sendo analisado pelo juiz. Eles estão, portanto, dentro do conjunto maior, que é a jurisprudência.

Com toda essa larga importância dos precedentes judiciais na aplicação do Direito e nas decisões judiciais, é inevitável dizer que o *common law*, na sua forma original, apresenta os precedentes como fonte primária do Direito, assim, estes possuem a mesma força que a própria legislação escrita, ou seja, o juiz, de certo modo, cria leis (SOARES, 1999, p. 38).

Vale ressaltar que o juiz é quem decidirá qual o melhor precedente para ser aplicado ao caso concreto. Ele deverá observar qual a decisão cabível neste, extrair os princípios constantes do precedente e julgar o novo caso conforme a decisão anterior.

De modo didático, afirma-se que as fontes do *common law* são: a) os costumes; b) as leis (*statutes*) e c) os precedentes judiciais (*case law*). Os costumes possuem maior relevância na Inglaterra, porém, ainda são considerados fontes do Direito em outros países que adotam o sistema. Em relação a doutrina, há divergência, uma vez que alguns autores afirmam que esta é considerada como fonte (VIEIRA, 2007, p. 139), mas outros levantam a tese de que ela é tão pouco aplicada para fundamentar decisões, que não pode chegar a ser considerada uma fonte do Direito (ASCENSÃO, 2010, p. 351-82).

A realidade atual do *common law* tem se transformado; isso, porque os países com essa estrutura estão optando, cada vez mais, por criar códigos e leis escritas. Nos EUA, inclusive, já existe um Código Comercial, e estados como Luisiana estão criando leis e códigos próprios, aproximando-se do *civil law*. Em tempos de globalização e de criação de uniões aduaneiras e mercados comuns, dificilmente os sistemas permanecem rígidos, sendo influenciados uns pelos outros.

1.2 UM BREVE COMPARATIVO ENTRE O *COMMON LAW* E O *CIVIL LAW*

O sistema do *civil law* é herança romana, aplicado na maior parte da Europa e da América Latina. Ele se baseia principalmente em códigos e leis escritas, sendo estes a única fonte primária

do Direito. Teoricamente, qualquer mudança deve ser feita no texto legal antes que os juízes a apliquem aos casos concretos. Nesse sistema, a reforma das normas escritas é constante. Ainda, o *civil law* apresenta normas mais detalhadas, com menor margem para a atuação jurisdicional.

O *common law*, por sua vez, é o direito que provém da Inglaterra e é normalmente descodificado. Porém, é importante deixar claro que ser descodificado não é o mesmo que não possuir leis escritas. Mesmo nesse sistema, existem leis escritas espalhadas pelo ordenamento, apenas não organizadas em códigos. Além das leis, os precedentes também são fontes primárias de Direito.

Entende-se que, nos países anglo-saxões que adotam o *common law*, existem, então, dois Direitos em coexistência: o *case law*, criado pelos juízes e por suas decisões, e o *statute law*, proveniente do legislador, que cria leis escritas.

1.3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *COMMON LAW*

O *case law* é a principal fonte do Direito nos países que seguem o sistema *common law*. Isso não significa, porém, que as leis escritas são irrelevantes. Nos Estados Unidos, inclusive, o *case law* pode ser modificado pela lei escrita. Quando ocorre essa modificação, diz-se que o *case* foi *reversed by statute* (SOARES, 1999, p. 38).

Os juízes e os tribunais não podem julgar de forma contrária à lei, mas interpretá-la. A lei prevalece sobre o precedente (VIEIRA, 2007, p. 139).

Podem ser considerados precedentes tanto uma única decisão de um tribunal de apelação quanto várias decisões no mesmo sentido. Esses precedentes obrigam sempre o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados, por força da *stare decisis* (SOARES, 1999, p. 38). Apesar dessa obrigação, existem alguns métodos para afastar a aplicação de um precedente, dentre eles o *distinguishing* e o *overruling*, que serão devidamente tratados neste estudo em momento oportuno.

Deve-se tomar cuidado com o que se entende como “decisão” nesse caso. A decisão não é somente o que chamamos de coisa julgada no Brasil, a que afirma que alguém ganhou ou perdeu. O sentido de decisão, para entender o precedente, é mais extenso, considerando-se como tal toda a fundamentação utilizada para chegar à decisão de que alguém ganhou ou perdeu.

Um precedente, portanto, será aplicado pelo juiz, quando o mesmo observar que um (ou mais de um) caso similar já foi decidido. Porém, não é um sistema assim tão simples, sendo que, para que se aplique um precedente, deve-se, antes de tudo, perguntar quão relevantes são as diferenças existentes entre os dois casos em comento. A depender da relevância dessas diferenças, o precedente pode deixar de ser passível de aplicação ao caso. Para exemplificar, vejamos dois exemplos: no primeiro exemplo, um senhor está dirigindo e atinge, sem dolo, uma mulher que estava atravessando a rua na faixa de pedestres, sendo ele considerado culpado por negligência, enquanto, no segundo exemplo, um senhor também estava dirigindo o carro normalmente pela via, quando atingiu um homem que

atravessava a rua fora da faixa. Casos similares, porém, com diferenças importantes, que servirão para a análise de se o primeiro pode ser considerado um precedente para o segundo, ou não.

Ainda que o pedestre do segundo exemplo tivesse atravessado na faixa, outros questionamentos poderiam ser feitos, tais como, se estava chovendo no dia; se, em ambos os casos, o motorista tomou todas as precauções; se o homem que atravessava fez sinal para o motorista, se atendeu aos deveres dele como pedestre etc. Portanto, não basta haver a decisão de um caso parecido para que outro seja considerado precedente para o mais recente.

Interessante é que há aqueles precedentes que vinculam (*binding precedents*), mas também existem os chamados *persuasive precedents*, que não vinculam, quais sejam: a) as decisões de juízes e tribunais hierarquicamente inferiores não vinculam os superiores, podendo, porém, servir como modelo para a decisão e b) as decisões da Corte Suprema em ações originárias apenas servem como modelo para outras decisões dela, sem vincular. Existem outros tipos de precedentes que não vinculam, decisões vindas de cortes específicas dos sistemas britânico e norte-americano, contudo, não vamos nos aprofundar nesses casos (THE DOCTRINE OF JUDICIAL PRECEDENTS, s.d.). O importante é que se tenha compreendido a força da lei e dos precedentes nesse sistema e os procedimentos aplicados nos julgamentos dos casos concretos.

2 A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes do advento do novo Código de Processo Civil, a eficácia dos precedentes judiciais no Brasil se limitava a simples argumentos, não possuindo força vinculante para com os casos semelhantes e, portanto, produzindo efeitos meramente *inter partes*. A entrada em vigor da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil) sugere a interiorização do modelo de sistema de precedentes existente em países como a Inglaterra e os Estados Unidos. Entretanto, conforme se verá mais à frente, ainda se trata de ideia que, apesar de estar inserida no texto legal, necessita ser melhor compreendida e amadurecida.

No Brasil, embora a lei seja considerada fonte primária do Direito, o fato é que, conforme demonstrado anteriormente, a globalização está fazendo com que seja impossível manter um sistema unicamente legalista, baseado tão somente nos critérios do *civil law*. Dessa forma, o legislador não pode prever o quanto a sociedade vai evoluir e se transformar, trazendo, desde já, soluções para todos os casos futuros submetidos à apreciação do Poder Judiciário (DONIZETTI, 2015).

Inclusive, percebe-se que, frequentemente, por questões meramente políticas, o Legislativo se abstém de discussões sobre temas de extrema importância para a população. No entanto, não pode o povo esperar uma solução legislativa para ter determinado direito concretizado, fazendo-se necessário, para tanto, um provimento do Judiciário, a fim de que seja dada solução a um caso que não possui amparo legalista.

O novo Código de Processo Civil estaria pretendendo, portanto, a partir da implantação do sistema de precedentes, evitar a enorme demanda de processos no Judiciário, bem como garantir maior segurança jurídica por meio de soluções idênticas para casos idênticos? Ou a ideia de precedentes estaria simplesmente pretendendo conferir maior poder ao Judiciário para concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição?

Streck e Abboud (2016) afirmam que o novo CPC criou apenas “provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva”, de forma que não teria sido introduzido no novo Código de Processo Civil um sistema genuíno de precedentes, tal como existe na Inglaterra. Acrescentam que os precedentes não nascem precedentes, como pretende o novo CPC, mas se tornam precedentes:

Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente (2016).

Dessa forma, o que o novo Código de Processo Civil fez foi introduzir mais hipóteses de precedentes vinculantes para além dos que já existiam, quais sejam, decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes. Sendo assim, a Lei n. 13.105/2015 atribuiu efeitos obrigatórios e gerais: a) aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em recursos extraordinários e especiais repetitivos; b) aos acórdãos proferidos pelos demais tribunais em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência (MELLO, 2016).

O juiz, ao invocar um precedente em determinada decisão, deve demonstrar a pertinência deste quando do julgamento do caso concreto. Sendo assim, é insuficiente o mero apontamento do precedente, se este não for confrontado, por meio da técnica de *distinguishing*, com o caso em análise. Nessa senda, o juiz terá que utilizar a *ratio decidendi* (razão para decisão) que fundamentou o caso paradigma, para verificar se tais razões podem ser utilizadas no caso concreto, objeto de julgamento.

É bem verdade que o novo CPC, ao expandir as hipóteses de provimentos judiciais vinculantes, concede mais poder ao Judiciário, contribuindo, de certa forma, para concretizar uma jurisdição ativista. Entretanto, o ativismo judicial resultante de um poder conferido pelo CPC não deve ser visto com maus olhos, mas sim mitigado, uma vez que pode funcionar para concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição, a exemplo do que ocorreu no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que tratavam das uniões homoafetivas.

Utilizando como exemplo a ADPF e a ADI supramencionadas e considerando a retração do Poder Legislativo para discutir a questão das uniões homoafetivas, o Judiciário, a fim de conferir efetividade às demandas submetidas à sua apreciação, reconheceu o *status* jurídico das referidas uniões como entidades familiares, tal como previsto no artigo 1.723 do Código Civil. Isso gerou precedente para as diversas

uniões homoafetivas que aguardavam posicionamento do Estado com relação ao tema. Sendo assim, observa-se que o referido julgamento assegurou o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais do Estado democrático de Direito. Sabendo-se que foi um julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia da decisão vincula as instâncias inferiores.

O exemplo acima foi dado para demonstrar que o poder que o novo CPC atribui ao Judiciário por meio da expansão das hipóteses de precedentes vinculantes gera maior segurança jurídica não só pela simetria dos julgamentos em casos idênticos mas também pela proteção às normas e aos princípios contidos na Constituição Federal.

Por outro lado, os precedentes judiciais podem servir também como ameaça ao Estado democrático de Direito, a exemplo do que ocorreu no julgamento das liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o qual permitiu o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caracterizando, com isso, expressa violação ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Sendo assim, conclui-se que a postura ativista decorrente da ampliação de hipóteses de provimentos judiciais vinculantes deve ser mitigada, mas para adequar os princípios constitucionais aos valores sociais e não para ferir esses princípios, como ocorreu no julgamento das liminares nas ADCs nº 43 e 44.

Outra questão que se coloca em debate é se a introdução desse “sistema” de precedentes viola o princípio da separação de poderes.

A luta contra a monarquia absolutista na Revolução Francesa teve como um dos objetivos principais a retirada do poder absoluto do rei para a assembleia soberana. Dessa forma, ao parlamento ficou incumbida a atividade de criação das leis, e ao juiz era permitido tão somente o poder de declarar a lei. Foi nesse período que a teoria de separação de poderes ganhou força. Para Montesquieu, não poderiam os juízes serem detentores do poder de interpretar as leis, pois, caso contrário, o direito, criação do legislador, poderia sofrer distorções e prejudicar a implantação do novo regime de tripartição dos poderes do Estado (ATAÍDE JUNIOR, 2012). Assim, procurava-se a segurança jurídica nas disposições legais codificadas.

O que se vê na prática, entretanto, é que o caráter geral e abstrato das leis codificadas bem como as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados abrem espaço para a atividade interpretativa e criativa do juiz, o que não aconteceria, caso a criação do legislador fosse de conteúdo fechado. Desse modo, os precedentes vinculantes passariam a ser apenas instrumento para fechar o sistema jurídico, sem fazer com que isso prejudicasse ou violasse o princípio da separação de poderes (FILIPPO, 2015, p. 97-114). As leis dispõem dessas características geral e abstrata justamente para se adequarem ao contexto social a que serão aplicadas, já que o legislador não pode criar uma lei que preveja o que virá a mudar na sociedade.

3 AS FORMAS DE DISTINÇÃO E DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

Em qualquer sistema que utilize os precedentes como fonte de direito, devem estar presentes também meios tanto para a distinção (*distinguishing*) quanto para a superação dos mesmos. Isso ocorre por *distinguishing* e por *overruling* e *overriding*.

Sem eles, o sistema de precedentes não passaria de instrumento autoritário de aplicação jurídica. Ambos surgem, então, com a finalidade de auxiliarem na correta aplicação de precedentes e de evitarem a estagnação do Direito interno.

Aliado a esses instrumentos, tem-se também o *signaling*, mais simples, que serve apenas como sinalização de mudança de entendimento dos tribunais. Veremos mais sobre cada instrumento a seguir.

3.1 O *DISTINGUISHING*

O *distinguishing* aparece antes da aplicação do precedente. O juiz não pode aplicar julgados anteriores de modo descuidado, pois corre-se o risco de as decisões arbitrárias e “robóticas” ganharem força. A celeridade processual, enfim, não pode ser confundida com a irresponsabilidade processual, devendo cada processo, portanto, ser tratado como único.

É nesse contexto que surge esse instrumento. Ele nada mais é do que distinção. Ou seja, o juiz confrontará o precedente com o caso concreto, analisando se os elementos de um são, de fato, compatíveis com os elementos do outro. Isso, porque, como dito anteriormente, os processos podem ter a aparência de idênticos e serem, porém, substancialmente diferentes, tornando injusta a decisão que os trate como iguais.

Havendo diferenças importantes e substanciais entre os casos (precedente e caso em análise), deve ser imediatamente afastado o precedente, levando-se à frente o estudo individual do caso.

Analiseemos um caso prático:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO ADOTADA NO RE 631.240/MG. TEORIA DAS DISTINÇÕES (*DISTINGUISHING*).

[...]

III- **Afasta-se a aplicação** da orientação adotada no RE 631.240/MG no caso em que houve julgamento com resolução de mérito na instância ordinária e determinada a implantação do benefício previdenciário, face à **ausência de similitude fática**, em observância à teoria das distinções (*distinguishing*), porquanto o precedente do Supremo Tribunal Federal foi firmado em ação na qual não houve julgamento com resolução de mérito. (STJ, 1ª Turma, Recurso de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 190474/PR, Relator Min. Regina Helena Costa, DJe de 15/05/2015.)

No presente acórdão, houve afastamento de precedente, por ter sido entendido pela turma que não havia similitude prática entre ele e o caso em análise. É interessante frisar que o referido acórdão data de 2015, ou seja, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. Isso

mostra que precedentes e meios de superação de precedentes não são tão novidade assim em nosso ordenamento jurídico, como acreditam alguns.

3.2 O *OVERRULING* E O *OVERRIDING*

Tanto o *overruling* quanto o *overriding* são técnicas de superação de precedentes. Sem esses instrumentos, o Direito seria engessado, dando margem à prolongação, no tempo, de entendimentos e decisões ultrapassadas, que não mais condizem com os valores da sociedade.

A doutrina traz esses instrumentos do ordenamento jurídico norte-americano e de outros países que aplicam o *common law*.

Observe-se que, embora importantes para a fluidez do Direito, tanto o *overruling* quanto o *overriding* devem estar em consonância com a boa-fé dos jurisdicionados e com a confiança que estes depositam nas decisões dos tribunais. Portanto, o ideal é que sejam aplicados, com efeitos *ex nunc*, àquelas decisões que já se encontravam consolidadas no momento da superação. De acordo com Donizetti (2015),

Quando um precedente já está consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, visto que todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial pacificada.

O *overruling* consiste na revogação total do precedente de forma tácita ou expressa. Ocorrerá de forma tácita, quando o tribunal que adotou o precedente produzir outro precedente que esteja em discrepância com o adotado anteriormente, sem mencionar, no entanto, a revogação do anterior. Já a forma expressa consiste na declaração do tribunal de que intenta superar o precedente anterior, adotando um novo entendimento. Frise-se que um precedente somente pode ser revogado pelo mesmo tribunal que o produziu.

Tendo em vista que os atos judiciais precisam de motivos, a fim de salvaguardar os jurisdicionados de abusos e de preservar a insegurança jurídica, o *overruling* precisa trazer consigo alta carga de fundamentação. Inclusive, é importante apresentar o porquê de ser necessária a superação do precedente (LOURENÇO, s.d.).

Como já mencionado, os precedentes consolidados devem ter efeitos *ex nunc*. Isso, porque, tanto quanto a lei, os precedentes geram confiança e expectativa nas pessoas. Alterar os precedentes de forma arbitrária e constante é tão nocivo ao Direito, quanto impedir que esses precedentes evoluam junto com a sociedade. Deve-se encontrar um equilíbrio entre esses dois extremos que respeite os princípios jurídicos, mas que também dê aos jurisdicionados a segurança e a confiança nos tribunais.

O *overriding*, por sua vez, consiste na limitação do campo de incidência de um precedente. Resulta da superveniência de uma regra ou de um princípio legal. A rigor, trata-se da superação parcial do precedente, que não o atinge em sua totalidade.

Antes da aplicação do *overruling*, há o *signaling*, que consiste na sinalização de mudança de precedente. Ocorre, quando se aplica um precedente que já não mais condiz com os valores da sociedade, porém, que vem sendo aplicado pelo tribunal em suas decisões ao longo do tempo. Nessas decisões, contudo, indica-se que, em decisões vindouras, será aplicado entendimento diverso. É instrumento de preservação da segurança jurídica e solução para alcançarmos o equilíbrio a que nos referimos anteriormente.

CONCLUSÃO

Os precedentes obrigatórios ou provimentos judiciais vinculantes apresentam mais características positivas que negativas. É inevitável que a rápida e constante mudança de fatores econômicos, sociais, políticos e culturais influencie na adoção de instrumentos processuais hábeis a acompanhar essas mudanças.

Diferentemente do período da Revolução Francesa, quando surgiu a teoria da separação de poderes, em que o juiz era detentor tão somente do poder de declarar as leis, já que as normas eram de conteúdos fechados, atualmente o direito criado pelos legisladores possui característica aberta, ao deixar margem para o aplicador do direito adequar o texto legal ao contexto social.

Considerando que, antes do advento do novo Código de Processo Civil, as decisões vinham sendo proferidas de maneiras diversas para casos semelhantes, dando espaço para o ativismo judicial, os precedentes judiciais vieram como forma de uniformizar as decisões e de diminuir as diversas interpretações dadas a um mesmo caso. Sendo assim, os precedentes foram introduzidos como alternativa ao ativismo jurisdicional, garantindo maior segurança jurídica ao processo civil brasileiro.

No que tange ao princípio democrático da separação de poderes, os precedentes judiciais não oferecem qualquer risco de violação, pelo contrário, estes atuarão em conjunto com as leis, preenchendo os espaços e lacunas deixados pelo legislador.

Ademais, vale ressaltar que, diferentemente dos países que adotam o *common law*, os precedentes judiciais não são tidos como fontes primárias no ordenamento jurídico brasileiro, mas como fontes secundárias.

Não poderia o legislador, quando da elaboração do novo Código de Processo Civil, permitir o enrijecimento do sistema jurídico. Logo, implementou também alguns mecanismos, conforme já mencionado, como o *distinguishing*, o *overruling*, e o *overriding*.

Portanto, os precedentes judiciais surgem com muitos pontos positivos, prometendo bons resultados para o ordenamento jurídico brasileiro, seja como forma de garantir a segurança jurídica mediante a simetria dos julgados, seja como forma de controlar o ativismo jurisdicional.

Aprovado em: 17/6/2017. Recebido em: 18/3/2017.

REFERÊNCIAS

- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.
- VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2007, p. 135-8.
- DOZINETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/Do/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes judiciais e separação de poderes**. Cadernos jurídicos. São Paulo. Ano 16. Nº 40, p. 97-114, abril-junho/2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101622/precedentes_judiciais_separacao_filippo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.
- LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: file:///C:/Users/karin/Downloads/precedente_judicial_como_fonte_do_direito_alguas_consideracoes_sob_a_otica_do_novo_cpc.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.
- 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#_ftn3>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do Direito no sistema do “Common Law”. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 1, p. 351-82, out. 2010. Disponível em: Revista dos Tribunais Online.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: uma introdução ao Direito dos EUA. 1. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 35-40.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **SENSO INCOMUM: O que é isto** — o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- The doctrine of judicial precedents**. Disponível em: <<http://www.sze.hu/~kallay/letolt/2011/februar/the%20doctrine%20of%20judicial%20precedent.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Karin Andressa Lisboa Nunes

*Pós-Graduada em Direito Contratual pelo CERS.
Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB-DF.
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB.
Advogada.*

karinlisboa.adv@gmail.com

Kayro Ycaro Alencar Soares

*Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (Idp).
Membro da Comissão de Direito das Famílias da OAB-DF.
Membro da Comissão de Apoio ao Advogado Iniciante da OAB-DF.
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB).
Advogado.*

kayro_ycaro@hotmail.com