

PRECEDENTES E A DEMOCRACIA: COEXISTÊNCIA E DESAFIOS

Luiz Felipe Silveira de Rezende¹

RESUMO

Este estudo tem como objetivo principal apresentar o instituto dos precedentes e analisar sua compatibilidade com a atual ordem democrática. Os precedentes representam importante instituto jurídico no ordenamento pátrio. A fundamentação das decisões, desde que tenham sua característica de raridade assegurada, representa o paradigma de criação de novas teses que serão adotadas pelos tribunais. Em um direito processual cada vez mais colaborativo e que preza pela duração razoável, os precedentes representam um papel estratégico no tocante à economia e celeridade. O processo enquanto instrumento democrático encontra-se calcado em valores que, se bem configurados, podem ser de grande valia para a promoção dos precedentes como forma de trazer mais eficiência e qualidade nas decisões prolatadas. Observou-se de forma palpável a aplicabilidade dos precedentes no ordenamento jurídico nacional e sua confluência com a matriz estatal democrática. Para a concretização deste estudo foi realizada pesquisa bibliográfica em doutrinas e artigos científicos sobre o assunto, que muito contribuíram para o arcabouço temático a respeito do tema.

PALAVRAS CHAVE: PRECEDENTE. FUNDAMENTAÇÃO. DEMOCRACIA.

¹ Graduando do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivos basilares a apresentação dos precedentes enquanto instituto jurídico e sua harmonia com o atual sistema democrático. O artigo apresentará, os precedentes no ordenamento jurídico pátrio e seus desdobramentos em um ambiente de *civil law*. A questão da ruptura com os precedentes ultrapassados, sua identificação e principais fatores modificativos. Também será abordado neste estudo o posicionamento dos precedentes no novo código de processo civil de 2015, suas principais inovações e impactos mais relevantes. E por fim, será feita uma análise de vinculação entre os precedentes e o atual Estado Democrático de Direito. O processo democrático, tão buscado pelo novo diploma processual, deve, sobretudo, ser configurado de forma a tornar os procedimentos mais céleres e as decisões mais justas em todas as esferas e matérias de competência dos tribunais e juízos monocráticos. Para a confecção deste artigo foi utilizada pesquisa bibliográfica em doutrinas amplamente reconhecidas no ordenamento nacional e artigos científicos de renomados juristas.

1 PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os precedentes hoje são importante fonte de decisões para o ordenamento jurídico, pois representam fundamentações já aceitas para casos que em sede de repetidas aparições já podem ser resolvidos conforme casos similares já anteriormente pacificados. Pois então os precedentes são "[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos." (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 455). O que torna estes precedentes com teor vinculante são as fundamentações utilizadas, tornando-se assim basilares a novas decisões que tenham fundamentos

determinantes similares. Ou seja, a força vinculante dos precedentes está na *ratio decidendi*, qual seja, a razão de decidir dos tribunais. Importante que o julgador quando da invocação do precedente, apresente rol de julgados no mesmo sentido do caso em concreto. Também fazendo parte da formação do precedente tem-se o *obiter dictum* que conforme Didier Jr (2016) é o comentário ou consideração (que pode ser breve) e que se constitui em juízo normativo acessório, mantendo assim posição de pouca influência ou mera contextualização que não serão determinantes para a decisão do julgador.

A teoria dos precedentes judiciais tem importante papel na atual sistemática jurídica processual, pois visam "[...] garantir que casos iguais recebam respostas jurídicas iguais (isonomia), o que confere previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica)." (FREITAS CÂMARA, 2017, p. 368). Com o fortalecimento dado aos precedentes pelo código de processo civil hora vigente, busca-se dar mais agilidade a decisões que tenham fundamentos similares, tratando os casos em blocos que já se encontrariam em posição de serem julgados conforme os casos pretéritos já pacificados. Incorpora-se assim um instituto balizador do *common law* (direito essencialmente formado por precedentes) ao sistema brasileiro, que tem suas raízes no *civil law* (direito essencialmente formado por um arcabouço legal). Desta forma pretende-se implementar o processo democrático como forma de resolução de conflitos que se destaca pela rapidez, economia e segurança na resolução de demandas que tenham similaridades no seu núcleo formador.

2 A QUESTÃO DOS PRECEDENTES ULTRAPASSADOS

Os precedentes não podem ser aplicados *ad eternum* sem que haja uma reavaliação nos casos existentes de sua adequação ao contexto social e normativo vigentes. É mister afirmar que os precedentes também podem ficar defasados, não

mais atendendo aos casos relativos ao contexto atual da fundamentação que será proferida. Uma das técnicas de superação dos precedentes ultrapassados é o chamado *Overruling* sendo o caso em que "[...] é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação." (DONIZETTI, 2017, p. 1459). A substituição do precedente pode ocorrer de forma implícita (*implied overruling*) ou de forma expressa (*express overruling*) Além de afastar a incidência do precedente insuficiente para os casos vindouros, o órgão julgador terá que estabelecer um novo posicionamento para aquele contexto, promovendo uma adaptação às novas variáveis existentes.

Como forma de afastar prováveis problemas com a aplicação do caso concreto aos precedentes existentes, o julgador deve proceder a técnica de *distinguished*, que conforme Donizetti (2017) nada mais é que a distinção do caso concreto com os anteriormente analisados e que guardem similaridade em sua motivação. Assim, individualiza-se o direito a ser aplicado, conforme as especificidades da demanda. O mais relevante aqui é obedecer a necessidade de motivação e respeitar sua forma de construção.

Outra técnica de superação dos precedentes é o *overriding* que tem por objetivo "[...] limitar o âmbito de incidência de um precedente em razão da superveniência de outra regra ou princípio legal. Aqui não há revogação por completo ou substituição por outro precedente, como ocorre no *overruling*." (DONIZETTI, 2017, p. 1475). Nesta técnica a mudança encontra-se na questão de direito (posicionamento diferente) que limita a estrutura fática.

3 OS PRECEDENTES E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Sobre a fundamentação de uma sentença, tem-se o art. 489, § 1º, V e VI, que versam:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Aqui encontra-se confirmada a força vinculante dos precedentes judiciais. Devendo sempre se adequar ao caso concreto em análise como forma de estabelecer a *ratio decidendi* que servirá de embasamento para a aplicação do aludido precedente respectivo. O precedente, segundo lição de Didier Jr (2016) é um ato-fato jurídico, portanto tendo que ser considerado nos julgamentos como fator de importância na análise da negação ou concessão do direito ora demandado. Caso não se aplique o precedente, devem-se expor os motivos fundamentados conforme nova posição e claro, promover a correta distinção (*distinguished*) ou invocar alguma técnica de superação dos precedentes (*overruling* ou *overriding*).

Tem-se também em sede de importância o art. 926 do diploma processual que estabelece:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Aqui delimita-se os objetivos legais da "jurisprudencialização" do nosso ordenamento jurídico. De acordo com Freitas Câmara (2017) a jurisprudência se coloca em posição de formadora de posicionamento em casos concretos atinentes a temas distintos para causas diversas. Visa, de modo eficiente, uniformizar e dar coerência à matérias que por sua relevância, devem ter suas decisões embasadas em linhas constantes de posicionamento que possam constituir firme jurisprudência. As linhas de decisões não podem ser mudadas sem um propósito estabelecido ou de forma discricionária, trazendo assim um implemento na estabilidade jurisprudencial. Ainda conforme o autor, identificando-se uma linha de jurisprudência firme, o tribunal ligado a este posicionamento deverá emitir súmula, contendo o resumo desta jurisprudência já consolidada. Cada edição de súmula de jurisprudência dominante deve conter os precedentes que deram origens a estas, servindo assim de base para a redação do enunciado. Desta feita garante-se que a "[...] utilização posterior do enunciado de súmula como elemento argumentativo se dê em casos nos quais as mesmas questões sejam debatidas. Evita-se, assim, que o enunciado de súmula seja tratado como se fosse um texto de lei [...]." (FREITAS CÂMARA, 2017, 371)

Dando continuidade, tem-se o art. 927, abaixo transcrito:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II – os enunciados de súmula vinculante;
III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 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.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Consoante o disposto no artigo supratranscrito, Didier Junior (2016) versa sobre a força vinculante dos precedentes, centrada na *ratio decidendi*, conteúdo nuclear da fundamentação. Importa assim destacar que os efeitos vinculantes gerados são de âmbito interno e externo sendo imperativa a sua utilização pelo tribunal que o proferiu, da mesma forma sendo necessária sua observação pelos órgãos ligados a este tribunal. Salienta-se que neste artigo há uma clara orientação para que juízes e tribunais estejam atentos, podendo atuar inclusive de ofício, na aplicação do enunciado de súmulas (aqui incluídas as súmulas vinculantes) em matéria constitucional proferidas pelo STF, e em matéria infraconstitucional pelo STJ. Neste caso, ambas tem efeitos argumentativos e persuasivos (quando não vinculantes).

Procura-se, no tocante às resoluções de demandas repetitivas e seus recursos em mesmo teor, criar um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, conforme Didier Junior (2016). Precedentes também

podem se formar difusamente, importa frisar. Cita-se também que "No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida haverão de ser enfrentados." (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 478). Aos regimentos internos dos tribunais caberá definir o processo de alteração de enunciado de súmulas. Amplia-se também o contraditório na rediscussão da questão estabelecida por meio de súmula, ao se permitir a participação de *amici curiae* e a previsão de realização de audiências públicas.

Torna-se relevante que os tribunais, aplicando as técnicas de distinção e superação, possam rever precedentes ultrapassados, construindo novos precedentes mais adequados aos fatores sociais, econômicos e também legais existentes na contemporaneidade do ordenamento. Claro, esse processo de superação deve ser percorrido de maneira fundamentada elencando as razões para que o antigo precedente seja substituído por uma nova decisão que poderá ser observada como paradigma para casos similares. Linhas jurisprudenciais também podem sofrer modificações desde que adequadamente motivadas, respeitando-se os princípios da isonomia, segurança jurídica e da proteção da confiança. Cabe a cada tribunal, quando da alteração de jurisprudência dominante. Estabelece-se a extensão dos efeitos que isso poderá ser proporcional, optando ou não pela modulação como forma de dirimir prováveis prejuízos advindos da insegurança jurídica que poderia ser causada. Como forma de facilitar a difusão dos precedentes vinculantes, os tribunais deverão organizar sua divulgação por meio eletrônico dando ampla publicidade através da internet, segundo Freitas Câmara (2017).

Como mais um dispositivo de grande relevância, tem-se o art. 928, assim definido:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I – incidente de resolução de demandas repetitivas;
II – recursos especial e extraordinário repetitivos.
Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Conforme Freitas Câmara (2017), este artigo supracitado tem por finalidade demonstrar o funcionamento do microssistema do julgamento de demandas repetitivas. Existem, neste contexto, normas infraconstitucionais que tem teor vinculante em seu conteúdo. Aplica-se o mesmo nesta parte, em caso de alteração, o que disposto na parte de súmulas expedidas pelos tribunais.

Tendo como objeto questões de direito material ou processual, os precedentes se aproximam da sistemática dos casos de demandas repetitivas enquanto saída para a resolução de casos com mesmo teor de matéria e com fundamentação similar. Segundo o autor, esta modalidade de julgamento tem por finalidade o gerenciamento da litigância de massa pelo poder judiciário.

Complementa-se a análise desta parte com um importante enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

Enunciado n.º 88 do FPPC: Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.

Por último, mas não menos importante, tem-se o art. 985 assim anotado no diploma processual:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Mais uma vez surge a questão do efeito vinculativo dos julgamentos de demandas repetitivas, similar ao que já discutido nas análises dos artigos anteriores. A decisão prolatada no julgamento de incidente de demandas repetitivas tem o condão de estabelecer um paradigma decisório, que posteriormente, será empregado em formato de precedente vinculante.

O § 2º do art. hora analisado "[...] é medida que pode vir a ter importantíssima função, já que o respeito à tese fixada no precedente pelos prestadores dos serviços pode ser um poderoso fator de diminuição de processos, contribuindo para o desafogamento do Poder Judiciário." (FREITAS CÂMARA, 2017, p. 417). Tem verdadeira força legal em relação aos serviços concedidos, permitidos ou autorizados.

De acordo com Donizetti (2017) a tese firmada será aplicada tanto aos casos vindouros quanto aos já em tramitação naquele tribunal que instaurou o incidente. Para as demandas supervenientes a eficácia será prospectiva conforme o art. 986. Caso não haja aplicação da tese pelo juiz pertencente ao tribunal julgador do incidente, caberá "[...] reclamação para esse mesmo tribunal competente (art. 985, § 1º), a fim de que faça valer a sua competência e, por conseguinte, a força normativa da sua decisão." (DONIZETTI, 2017, p. 1560).

4 PRECEDENTES E A DEMOCRACIA

Falar sobre precedentes e a democracia requer entender um pouco de como funciona o atual regime de governo vigente em nosso país. Este, segundo Streck (2014) se constitui em um grande sistema que visa ao alcance da justiça social através de um governo que dê oportunidades a todos de participarem de forma igualitária do processo de escolha, seja dos governantes, seja das formas como querem ser governados. A democracia acaba por se consolidar numa busca pela

equação entre distribuição de renda mais igualitária e maior participação popular no processo democrático.

Em matriz jurídica, o processo de democratização nasce "[...] lado a lado como processo de formação da sociedade organizada e do Estado." (STRECK, 2014, p. 84). O poder que emana do povo neste regime é essencial na criação de leis e fiscalização dos atos dos governantes que representam o povo enquanto força modificadora da realidade instituída. O povo, elemento essencial e indispensável do Estado, traz consigo a capacidade de limitar o poder estatal, rechaçando abusos e buscando a novidade e a evolução.

Os precedentes, no sistema de *civil law*, tem importante papel no tocante à duração razoável do processo e na economia processual. Em um país como o Brasil, onde a litigância é um fenômeno de grande monta, é importante criar formas de se julgar os processos de forma mais célere, porém, sem perder a qualidade e a justiça buscada nas decisões. Para que se concretize este desafio, é importante que os precedentes sejam bem configurados para que sejam realmente decisões que vão se amoldar diretamente aos casos por ela abarcados, conforme Taruffo (2014) sendo como estruturas dissipativas que contribuem na formação de núcleos de ordem dentro de um fluir desordenado que seria a jurisprudência. Assim, seriam criados importantes elementos de racionalização e também "[...] de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes." (TARUFFO, 2014, p. 15). Contudo, é crucial que se observe o sentido precípua dos precedentes, não deixando de lado suas características diferenciadoras para que sua aplicabilidade seja coerente ao caso concreto ao qual o fundamento deve ser aproveitado. Para que alcancem seu intento, os precedentes devem ser aplicados de maneira pontual, exigindo do magistrado o entendimento do fundamento daquele precedente a ser utilizado em consonância ao caso concreto em que ele poderá ser encaixado.

Segundo interpretação de Streck (2009), os precedentes buscam ser um limitador à discricionariedade decisória do magistrado, tendo relevo em um cenário jurídico cada vez mais pós-positivista, onde os princípios e valores ganham espaço como maneiras de mudar o paradigma das instituições. Para o autor, trava-se um embate interno no positivismo que busca ao mesmo tempo cumprimento da legalidade mas deve colocar limites aos aplicadores de suas normas. Assim, importa destacar a crítica do autor em seu artigo:

A consequência disso é o sacrifício da situação concreta. Assim, se no interior do modelo positivista de aplicação do direito parece impossível impedir que os juízes decidam “como queiram” – porque, afinal, “obedecem” apenas à sua subjetividade (esquema sujeito objeto) –, o próprio positivismo elabora conceitualizações prévias (espécie de “discursos de fundamentação prévios” elaborados sem os pressupostos exigidos pela teoria do discurso habermasiana) acerca do sentido dos textos jurídicos, buscando, desse modo, “combater os excessos” decorrentes do próprio modelo. Em outras palavras, é o positivismo travando um combate consigo mesmo.” (STRECK, 2009, p. 10)

CONCLUSÃO

O novo código de processo Civil aqui brevemente exposto traz importantes avanços no que se refere a processo democrático, celeridade e economia processual. Estes princípios, balizadores de um acesso a justiça mais eficiente, podem, sem sombra de dúvidas, representar um marco na história processual brasileira através de mudanças paradigmáticas sensíveis em nossa estrutura jurisdicional.

Este estudo buscou mediante intensa pesquisa bibliográfica trazer uma análise dos precedentes à luz do código de processo civil de 2015. Imprescindível ressaltar o ganho de aprendizado com a pesquisa e os importantes ensinamentos

trazidos pela mesma, que serão de grande importância à formação do arcabouço de conhecimento necessário à disciplina de Direito Processual Civil III.

Por fim, estabelece-se por meio deste estudo uma possibilidade de aplicabilidade dos precedentes em matriz democrática para que se confirme a necessidade atual de celeridade e duração razoável do processo. Mas para que os precedentes alcancem tal finalidade, é fundamental que cada magistrado tenha consciência da importância do elemento de fundamentação para a correta adequação aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

DIDIER JR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. rev., atual., ampl. Bahia: JusPODIVM, 2016. v. 2.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; Moraes, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev., atual. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes”**. Anima – revista eletrônica do curso de Direito da OPET, Curitiba, 1 ed., v. 1, 2009. Disponível em: < http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf > Acesso em 11 out. 2018.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 11 out. 2018.