AS INCONSTITUCIONALIDADES DO "PSEUDO" SISTEMA DE PRECEDENTES TRAZIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE UNCONSTITUTIONALITIES OF THE "PSEUDO" PRECEDENT SYSTEM BRANCHED BY THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015

Felipe Porfírio Granito[124]

Resumo:

O trabalho é tracejado em um estudo incisivo das teorias gerais principiológicas e inovadoras trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e as consequências da adoção incoerente de medidas sustentadas na teoria de precedente trazida pela nova lei processual, sem que se ultrapassem garantias constitucionais com o fim de alcançar objetivos meramente pragmáticos de efetividade do processo judicial em detrimento do devido processo legal.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Precedentes. Teoria da Decisão. Limites Constitucionais aos Poderes-Deveres do Juiz.

Abstract:

The work is dashed in an incisive study of the general principles of innovation and principles brought by the Code of Civil Procedure of 2015 and the consequences of the inconsistent adoption of measures supported by the precedent theory brought by the new procedural law, without overcoming constitutional guarantees for the purpose to achieve merely pragmatic objectives of the effectiveness of the judicial process in detriment of due process of law.

[124] Advogado, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura – EPM, Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP, sócio responsável pela área de Direito Bancário do escritório Granito, Coppi, Boneli & Andery Advogados.

Keywords: Legal Security. Precedents. Decision Theory. Constitutional limits to the powers-of-duty of the Judge.

Sumário:

Introdução..... 05

1. O Precedente no Processo Civil Brasileiro..... 08

2. Espécies de Precedentes..... 09

3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas..... 15

4. Técnicas de Superação do Precedente..... 17

5. Reclamação..... 18

6. As Inovações Trazidas Pela Lei Nº 13.105 de 16 de Março de 2015 em Busca da Adequação Processual do Sistema de Precedentes e Suas Inconstitucionalidades..... 22

Conclusão..... 25

Referências..... 27

Introdução

A estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil é adstrita ao sistema jurídico denominado *Civil Law*, pelo qual se depreende, em síntese, que as principais fontes do direito são fundadas em normas jurídicas dogmatizadas em textos legais que estabelecem, previamente, a necessária adequação social.

O desenvolvimento da sociedade e da quantidade de demandas judiciais levadas ao crivo do Poder Judiciário, fez com que parte da essência *Civil Law* de maneira sutil e gradativa perdesse espaço ao que lhe opõe em estrutura, a saber o *Common Law*.

Essa alegação pode parecer um tanto quanto exacerbada, mas em fundamentos específicos com base nas próprias decisões judiciais e nas alterações legislativas que margeiam a sistemática processual brasileira é possível se chegar a essa conclusão.

Há muito, as decisões judiciais reiteradas pelos tribunais, denominadas jurisprudências dominantes vêm sendo base de fundamentação argumentativa para se prolatar as tutelas jurisdicionais em casos semelhantes.

Atualmente, a própria decisão judicial, muitas vezes prolatada em desconformidade com normas jurídicas constitucionalmente postas no sistema normativo possuem muito mais guarida que a lei.

Vivenciamos certamente um momento de instabilidade do sistema processual pátrio, principalmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. É evidente que, no anseio de "desburocratizar" o processo, o legislador lançou mão de garantias constitucionais para salvaguardar a celeridade dos atos processuais.

A intenção é louvável, todavia, jamais pode ser tomada em detrimento da Constituição Federal, matriarca de toda a estrutura normativa de nosso país.

Diz-se isso, pois com o advento da nova lei processual de 2015, desenvolveu-se um "pseudo" sistema de precedentes judiciais, completamente adverso às normas fundamentais, com o fim precípuo de acelerar o trâmite legal para entrega do Direito pleiteado pelas partes envolvidas na relação processual, conforme será melhor delineado nas linhas vindouras.

De acordo com a nova sistemática, as decisões judiciais cuja essência tenha força de precedente, superam qualquer outra norma posta no sistema legal. Ao que parece, há uma tentativa infame de modificar todo desenvolvimento histórico processual sistemático brasileiro de maneira

procedimentalmente inconstitucional, com o objetivo de apenas "desafogar" a demanda do Poder Judiciário.

Ora, dentro do sistema da *civil law* são vislumbradas as disposições legais, nas normas codificadas que tendem, via de regra e em pura tese jurídica, disciplinar todas as relações interpessoais.

Desse modo, na teoria pura do sistema, ao magistrado caberia, exclusivamente, aplicar o código escrito, interpretando apenas a ligação fática que deu origem à aplicação do direito.

De acordo com a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a codificação das normas jurídicas deveria ser perfeita, pura, de modo a garantir ao magistrado a certeza e clarividência da aplicação.

Colaciona-se fragmento do texto supramencionado:

> *O conhecimento das normas guarda relação com a Codificação ou com a pretensão de se ter Códigos capazes de regular todas as situações, eliminando quaisquer dúvidas que sobre elas pudessem pairar. Lembre-se que na tradição do civil law, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz.*[125]

Não deveriam existir, portanto, dúvidas e muito menos lacunas. Apenas dessa forma o conhecimento da norma guardaria relação com a garantia da segurança jurídica.

Todavia, o sistema brasileiro, como se vem tentando demonstrar, está inserto num processo de reformulação de patamares, transformação de paradigmas e da própria sistemática jurídica.

Assim, evidencia-se que todo sistema em desenvolvimento pela jurisprudência e atualmente consagrado no Código de Processo Civil de 2015 que criou os primeiros alicerces de

[125]MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em: <http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em: 18 de junho de 2017, p. 06.

uma sistemática jurídica pautada em precedentes judiciais está eivado de ilegalidades e inconstitucionalidades patentes, que devem ser superadas.

1. O Precedente no Processo Civil Brasileiro

Como cediço, o precedente judicial consiste em uma decisão prolatada pelo magistrado com o poder de influenciar a fundamentação de casos pósteros, com eficácia persuasiva, sem modulação obrigatória temporal e quantitativa (quando sumulados).

No âmbito do Direito brasileiro esta característica de as decisões judiciais serem consideradas como precedentes está mais vinculada aos tribunais e principalmente às cortes de superposição. Dificilmente a sentença de um magistrado de primeiro grau possuirá força de precedente judicial por não deter esse potencial de influir em casos futuros.

Seguindo a graduação da própria organização do sistema jurídico brasileiro, podemos considerar que, em contrapartida, um acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, provavelmente será dotado da característica de precedente quando esclarecer determinado tema.

O que se absorve dessa idéia é que o precedente judicial dentro do direito brasileiro tem escala hierárquica, de acordo com a própria organização estrutural do sistema jurídico. A decisão judicial prolatada pelos julgadores que não pertencem aos órgãos de superposição deverá ter força argumentativa muito grande para ser considerada precedente judicial, por sua observância não ser obrigatória.

Normalmente, portanto, a maior incumbência do magistrado de instâncias inferiores será aplicar além da norma jurídica estabelecida nos códigos, o precedente judicial, muitas vezes solidificado como jurisprudência, com efeito vinculativo ou meramente persuasivo, o que se irá verificar nas linhas vindouras.

O que se estabelece, prioritariamente, a partir dessas considerações em relação à aplicação do precedente no ordenamento jurídico brasileiro é sua caracterização como fonte de direito.

Sempre se elucidou a jurisprudência oriunda da concretização de um precedente judicial como fonte subsidiária do direito brasileiro, utilizada em complemento à norma jurídica estruturada.

Todavia, essa característica subsidiária da jurisprudência, principalmente do precedente judicial, em relação à norma jurídica, foi afastada com o desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário no Brasil. Atualmente a fonte de direito prioritária, com mais poder jurídico e força legislativa que a própria lei é a decisão judicial reiterada.

Como se vem tentando demonstrar desde o início das explanações, o caráter puro da legislação vem sendo esmagado pelas decisões judiciais reiteradas sobre temas análogos, gerando consequente déficit na prestação da tutela jurisdicional.

2. Espécies de Precedentes

As espécies de precedentes judiciais no âmbito do direito processual brasileiro são diferenciadas pelos efeitos causados quando da configuração, em relação aos casos análogos e a eficácia jurídica.

De acordo com Fredie Didier Jr.:

> *No direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem. É possível e até comum que um mesmo precedente produza mais de um tipo de efeito. Visualizamos ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); persuasivo; (iii) obstativo de revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescidente/deseficacizante; e (vi) de revisão de sentença.*[126]

[126] DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

Inicia-se, prioritariamente, com a abordagem dos precedentes com característica vinculante. Como a denominação sugere, são os precedentes que possuem eficácia vinculativa, arrolados objetivamente no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, em relação às decisões análogas que lhe forem supervenientes, isto é, a *ratio decidendi* - os fundamentos jurídicos assentados na motivação que sustentam a decisão -, vincula os juízos em casos semelhantes.

No Brasil, com o advento do Código de Processo Civil, os precedentes com eficácia vinculante foram enumerados especificamente no artigo 927. São eles: (i) enunciados de súmula vinculante; (ii) entendimento consolidado nas súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (iii) objetivação do controle concentrado de constitucionalidade; (iv) *ratio decidendi* de recurso extraordinário ou especiais repetitivos e (v) as decisões em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e incidentes de assunção de competência (vi) as orientações do plenário ou órgão especial a que se vincularem os magistrados;

É importante salientar uma especialidade, nesse tema. Especificamente para as decisões com efeito vinculante proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade que possuem efeito vinculativo em relação a todos os órgãos jurisdicionais do país e da administração pública, sua eficácia vinculante não está ligada à fundamentação e a *ratio decidendi* da decisão.

Nesse caso, a vinculação é decorrente de expressa disposição legal devido à coisa julgada, nesse caso, possuir efeito *erga omnes*. Decorre da norma jurídica.

É, portanto, distinção que deve ser observada entre o efeito vinculante de um precedente e a coisa julgada *erga omnes.*

Ainda sobre o tema, no que tange ao precedente obstativo de revisão de decisões, importante consideração se relaciona à inconstitucionalidade da norma processual em alguns aspectos relacionados à referida espécie de precedente.

São eles os precedentes com o poder de obstar a apreciação de um recurso por órgão colegiado ou obstar a remessa necessária.

A espécie de precedente e epígrafe possuía disposição legal no Código de Processo Civil de 1973, garantindo ao magistrado o poder de julgar de plano determinada matéria, ou obstar a remessa necessária, quando o tema estivesse em desacordo com precedente judicial consolidado, principalmente aqueles emanados pelas cortes de superposição.

Eram os casos previstos nos artigos 475, §3º, 518, §1º, 544, §§ 3º e 4º e 557, todos do Código de Processo Civil de 1973, cuja transcrição é pertinente:

> *Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
> *§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente."*
>
> *Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.*
> *§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.*
>
> *Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.*
> *§ 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008*
> *§ 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:*

> *Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*

O precedente com efeito obstativo de revisão da decisão, embora tenha perdido força com o advento da nova sistemática processual civil – precipuamente em função das alterações principiológicas e basilares trazidas com a nova Lei Processual -, ainda prevalece nas normas atuais.

É o que se observa com a manutenção das normas dispostas nos artigos 475 do Código de 1973, superado pelo artigo 496, § 4º do Código atual e 932, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Oportuna a transcrição dos dispositivos mencionados:

> *Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:*
>
> *§ 4o Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:*
>
> *I - súmula de tribunal superior;*
>
> *II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
>
> *III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*
>
> *IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.*

> *Art. 932. Incumbe ao relator:*
>
> *IV - negar provimento a recurso que for contrário a:*
>
> *a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
>
> *b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
>
> *c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

De toda sorte, nota-se que são casos específicos, mas que obstam, de plano, a apreciação da matéria arguida pela parte no processo.

Sua inconstitucionalidade parece evidente.

O Devido Processo Legal e o Amplo Acesso à Justiça são expurgados por decisões perfunctórias, sem sequer dar à parte que figura em uma relação processual a garantia de demonstrar nos autos todos os meios suficientes que motivam a propositura da demanda judicial.

As afrontas constitucionais, todavia, serão abordadas em tópico próprio.

Em continuação, objetivando atenção às espécies de precedente com maior força em nossa sistemática, o tema será direcionado agora aos precedentes com efeito persuasivo.

Seguindo sua denominação, não possuem caráter vinculativo, isto é, não vinculam outros magistrados obrigando-os a julgar de forma equidistante. Caso ele o faça, será porque concorda com a fundamentação e resultado garantido pelo precedente dessa modalidade.

De acordo com a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci, o precedente persuasivo faz "indício de uma solução racional e socialmente adequada"[127] à direção da decisão judicial.

Quanto aos precedentes com efetivo persuasivo e sua eficácia, é imperioso ressalvar que as inovações do Código de Processo Civil trouxeram por sua vez algumas melhorias, quando analisadas sob a ótica da Constituição Federal.

Isso, pois na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o legislador, em observância ao precedente persuasivo, garantia faculdades aos magistrados de fazer com que sua repercussão incidisse sobre decisões posteriores.

Um exemplo prático nesse sentido era a redação do artigo 285-A do antigo Código de Processo Civil - incluído nas inovações ocorridas em 2006 -, que garantia ao magistrado o poder de indeferir um pedido apresentado em juízo anteriormente à citação da parte adversa e abertura do contraditório, quando já houvesse consolidado entendimento no sentido diverso ao pleito.

Vale a transcrição do dispositivo superado, senão vejamos:

> *Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.*

Supostas peculiaridades haviam sido observadas para evitar prejuízos na prestação da tutela (o dispositivo causava espanto). Apenas se poderia aplicar o dispositivo em comento em casos em que a matéria fosse exclusivamente de direito e o caso *sub judice* fosse idêntico aos outros que solidificaram o entendimento do juízo.

Independente disso nota-se que é de certa forma, uma afronta ao devido processo legal e precipuamente à segurança jurídica.

[127] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004, p. 160.

Sabiamente, o legislador em 2015, extirpou a aberração jurídica prevista no artigo supramencionado, modificando sua redação – sob a ótica do texto comparado – e introduziu no Código de Processo Civil o artigo 332, o que prevê a mesma possibilidade de julgamento liminar de improcedência, todavia, exclusivamente no caso de afronta à precedente com efetivo estritamente vinculativo[128].

É evidente que ainda assim, toma-se por base um precedente judicial, mesmo que com eficácia vinculante, como fonte primária do direito, apto a obstar as garantias constitucionais do Devido Processo Legal. Todavia, considerando-se a construção gradativa do "pseudo" sistema de precedentes brasileiro, não deixa de ser uma inovação mais adaptável à Constituição Federal.

O cerne principal é que no caso dos precedentes com efeito persuasivo, os magistrados, independentemente do grau de jurisdição, continuarão, mesmo com as alterações sistemáticas do Processo Civil brasileiro, decidindo por livre vontade se concordam ou não com a matéria, até que se prolate decisão especial com efetivo vinculativo para determinar o entendimento imutável do Poder Judiciário sobre o tema.

3. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Ainda sobre o tema das espécies de precedentes, mas já adentrando nas inovações do Código de Processo Civil, à luz do sistema de precedentes, instrumento processual de boa valia, mas que também dá azo à alegação de que estamos cada vez mais distantes do *Civil Law* e próximos ao *Common Law,* foi a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

[128] Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Em breves linhas, cuida-se de ferramenta através da qual poderá ser suscitado ao Órgão Especial do Tribunal no qual esteja vinculado determinado processo judicial a averiguação e formalização de um posicionamento com eficácia vinculativa que resolva demandas repetitivas – com a mesma relação fática – nas quais os órgãos fracionados estejam prolatando decisões com sentidos distintos.

O principal motivo da criação do incidente – importado pelo Brasil do direito alemão e inglês – é a garantia à isonomia nas decisões judiciais e consequentemente a Segurança Jurídica.

Característica importante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é que, a partir do momento em que seu trâmite é admitido pelo Tribunal, de acordo com a norma disposta no artigo 982 do Código de Processo Civil, os processos individuais ou coletivos que tramitarem com a mesma matéria levada à uniformização serão suspensos até o efetivo julgamento da controvérsia, limitando-se ao prazo de 01 (um) ano – artigo 980, CPC.

Juntamente com os recursos repetitivos, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas compõe o microssistema de formação e aplicação de precedentes obrigatórios, com eficácia vinculativa que deve ser necessariamente observado pelos juízes vinculados ao Tribunal prolator da decisão.

Ainda no mesmo sentido, conforme leciona Fredie Didier Jr.:

> *Formado o precedente obrigatório (...) os juízos e tribunais deve observá-lo, proferindo julgamento de improcedência liminar (art. 332, II e III, CPC), dispensando remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III, CPC), autorizando a tutela provisória de evidência (art. 331, II, CPC) e conferindo-se ao relator o poder de decidir monocraticamente (art. 932, IV, b e c, V, b e c; art. 955, parágrafo único, II, CPC).*[129]

[129] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 510.

A ferramenta evidencia ainda mais a direção das alterações da sistemática processual brasileira que, em que pese tenha a patente intenção de alcançar mais coerência e consequentemente a segurança dos jurisdicionados, ainda não se atenta às regras mínimas sistemáticas do Direito pátrio.

4. Técnicas de Superação do Precedente

Tão importantes quantos os meios de criação, confronto e interpretação dos precedentes - ou mais, se analisadas sob a ótica da segurança jurídica –, são as técnicas de superação.

As técnicas de superação do precedente judicial são divididas em duas, as quais: *overruling* e *overriding*.

Precipuamente, com mais atenção em virtude de sua aplicação no Direito brasileiro, o *overruling* ocorre na ocasião em que um precedente vinculante é automaticamente substituído por outro precedente, prolatado pelo mesmo tribunal que o formulou. Conforme leciona Fredie Didier Jr.[130], esta substituição pode ser tácita ou expressa, senão vejamos:

> *(i) expressa (express overruling), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou*
>
> *(ii) tácita ou implícita (implied overruling), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última. O implied overruling não é, porém, admitido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao overrruling.*

[130] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 508.

De acordo com Thomas Bustamante, a "regra-de-ouro" das *departures*, entre as quais se encontra o *overruling*, é que, ao se afastar do seu próprio precedente, o órgão julgador sempre deve leva-lo em consideração, com o fim de tematizar expressamente a questão do afastamento.[131]

Especificamente na técnica processual civil brasileira, as formas de superação de qualquer precedente judicial, jurisprudência dominante e enunciado de súmula estão detidamente previstas nos parágrafos 2º e 4º do artigo 927 do Código de Processo Civil.

As previsões têm o iminente cuidado de garantir que as alterações dos precedentes possam ser precedidas de novo debate público em que se exponha os motivos para manutenção ou superação do entendimento anteriormente adotado pelo Tribunal, juntamente com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

É evidente o cuidado e zelo previsto no Código de Processo Civil para que as matérias consolidadas em precedentes sobre as quais se pretenda a superação, sejam amplamente discutidas.

Ocorre, contudo, que não se desenvolveu um sistema específico de superação dos precedentes, de forma a esgotar a matéria. O artigo 927 do Código de Processo Civil é extremamente vago ao tratar das formas de superação dos precedentes com eficácia vinculante, em que pese tenha dado a ele tanta importância em nossa sistemática.

5. Reclamação

Além das técnicas de superação dos precedentes, o advento do Código de Processo Civil sedimentou a figura instrumental da Reclamação que, por sua vez, garante eficácia aos jurisdicionados no caso de desrespeito do Estado Juiz aos precedentes formados com eficácia obrigatória.

É importante salientar que a figura da Reclamação foi criada pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento na chamada teoria dos poderes implícitos dos julgadores.

[131] BUSTAMANTE, Thomas. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

Explica-se que os poderes implícitos estão totalmente vinculados à efetivação do poder explícito dos magistrados de julgar os processos que lhes são apresentados.

Por consequência, o poder implícito ao julgamento é garantir efetividade de suas próprias decisões.

Sobre o tema, leciona Fredie Didier Júnior. Vejamos:

> *A reclamação constitucional nasceu na jurisprudência do STF com fundamento na teoria dos poderes implícitos. Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a reclamação constitucional. Em virtude de tais poderes implícitos, inerentes a qualquer tribunal, deve-se admitir a reclamação constitucional perante os tribunais.* [132]

A reclamação já encontrava guarida no Regimento interno do STF, em seus artigos 156 a 162, bem como na Constituição Federal de 1988, prevista para o STF nos artigos 102, I, l e para STJ no artigo 105, I, f, cuja transcrição se impõe:

> *Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.*
>
> *Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.*
>
> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *I - processar e julgar, originariamente:*

[132] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 11ª Edição – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 527.

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Outrossim, com a inserção no texto constitucional da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional 3/1993 e, posteriormente, com a Reforma do judiciário pela Emenda Constitucional 45/2004, a Reclamação ganhou ainda mais importância, encontrando cabimento para impor o cumprimento de decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade e garantindo a aplicação de enunciados das súmulas vinculantes do STF.[133]

Ainda, ainda sob o enfoque da evolução do instituto processual da Reclamação, registra-se que sua regulamentação se dava pela Lei nº 8.038/1990, que instituiu as normas procedimentais para os processos que tramitavam perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, na nova sistemática processual, a Reclamação se encontra entre os artigos 988 e 993 do Código de Processo Civil atual.

Oportuna a transcrição especificamente do artigo 988, que determina as hipóteses de cabimento da Reclamação, *in verbis*:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

[133] NOBRE JR, Edilson Pereira. **Reclamação e tribunais de justiça.** Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 109-129.

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1o A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2o A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3o Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4o As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6o A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Conforme se denota da disposição do artigo supratranscrito, a Reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal e não mais apenas perante as Cortes de Superposição, conforme previsão antiga.

Sua finalidade é garantir a eficácia às decisões vinculativas prolatadas pelos Tribunais.

Trata-se, pois, de instituto processual já consagrado, mas com novas hipóteses de cabimento, com o fim de garantir efetividade às decisões judiciais e, principalmente, o respeito do Estado Juiz a todas elas.

6. As Inovações trazidas pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 em busca da Adequação Processual do Sistema de Precedentes e suas Inconstitucionalidades

O advento da nova sistemática processual civil brasileira trouxe inegáveis modificações que garantirão maior previsibilidade às decisões judiciais e adequação da criação, aplicação e superação dos precedentes judiciais nos limites da Segurança Jurídica.

Exemplo disso foi a criação da norma disposta no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015, prescrevendo aos Tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, a fim de evitar afronta ao principal sentido da Segurança Jurídica, isto é, a confiabilidade do cidadão na forma de agir do Estado.

Imperiosa a transcrição do dispositivo:

> *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.*

Viabiliza-se, assim, a adequação da atuação das partes (em sentido amplo) no desempenho de suas funções em um processo judicial, atendendo aos preceitos e normas da Constituição Federal.

A nova sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 visa garantir o desaparecimento da omissão dos Tribunais em face dos inúmeros entendimentos divergentes verificados dentro das próprias instituições, nos órgãos fracionados, sobre uma mesma questão jurídica.

Ainda, além de uniformizá-lo, deve mantê-lo estável, incapaz de revisão, a não ser quando por motivo suficientemente plausível que garanta sua superação, amplamente justificada, com a participação da sociedade e com modulação de efeitos.

Deve ser, além do mais, coerente e íntegra.

Coerência e integridade, nesse caso – duas vitórias que assentam a tese retirada de *Dworking* – são, pois, a consistência lógica que os casos semelhantes devem guardar entre si e uma garantia à arbitrariedade interpretativa nas decisões judiciais.

A busca, portanto, de um Poder Judiciário equânime e fiel às normas jurídicas pré-estabelecidas parece ter sido a principal inovação do legislador ao aprovar o Código de Processo Civil vigente.

De igual modo, modificação sistemática que merece evidência é a inclusão do já mencionado artigo 927 do Código de Processo Civil.

Pelo dispositivo supramencionado, denota-se que as decisões judiciais deverão obedecer necessariamente aos entendimentos formados a partir de procedimentos que construam precedentes com efeito vinculativo.

Não caberá, portanto, em qualquer hipótese, decisão que contrarie entendimento formulado com efeito obrigatório.

Verifica-se, pois, uma patente modificação do sistema de precedentes no Brasil. A busca pela adequação das decisões judiciais aos preceitos constitucionais se evidencia nas bases principiológicas em que se pautou a nova Lei Processual.

De toda sorte, quando não realizada a consolidação do precedente judicial garantindo-lhe efeito vinculativo, a Segurança Jurídica continuará ameaçada.

Da mesma forma, não há esclarecimentos objetivos nas disposições legais acerca da possibilidade de se reformular um entendimento consolidado pelo Tribunal em matérias levadas à formulação das *ratio decidendis* obrigatórias. Um procedimento próprio de superação não foi efetivamente criado, demonstrando a ainda patente vulnerabilidade do Poder Judiciário brasileiro.

Outrossim, é de se esclarecer que a base legislativa para se alterar dessa forma o sistema jurídico pátrio seria necessariamente a Constituição Federal.

Embora atualmente tenhamos, em tese, um sistema de precedentes passível de solidificação das decisões judiciais, a base primária para prolação das decisões judiciais ainda deve ser a lei.

Ao que parece, o Código de Processo Civil, na ânsia de desenvolver uma sistemática mais adepta à Segurança Jurídica, modificou completamente preceitos constitucionais das decisões judiciais.

A legalidade, a ampla defesa e o contraditório, a tripartição dos poderes, a independência funcional do juiz, todos esses princípios dotados de garantia constitucional passaram despercebidos pelo legislador na formação do sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015.

O Código de Processo Civil de 2015 dá início às suas previsões determinando que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

Ora, chega a causar espanto referida estipulação. É óbvio que em um sistema democrático de direito, cuja lei maior é a Constituição Federal, nenhuma outra norma infraconstitucional pode contrariar ou negar vigência às determinações constitucionais.

Mas causa ainda mais espanto analisar toda a sistemática jurídica desenvolvida pela nova lei processual no caso do sistema de precedentes supostamente criado – não apenas ele, mas principalmente.

A Constituição Federal estabelece, como garantia fundamental, o Devido Processo Legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório e à segurança jurídica.

Estabelece, outrossim, a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com sua função.

Determina, ainda, as garantias de independência dos magistrados, com o fim de objetivar a imparcialidade de seus julgamentos e a autonomia das decisões judiciais.

Todavia, ao se analisar os desdobramentos do sistema de adstrição dos precedentes, vislumbramos que em verdade, o Código de Processo Civil acabou por afetar diretamente referidas garantias.

Conclusão

Conforme se tenta demonstrar, a nova sistemática, especificamente relacionada aos critérios de formação e superação dos precedentes judiciais, bem como a primazia de fonte de direito estabelecida pelo Código de Processo Civil 2015, não acompanha preceitos basilares da Constituição Federal brasileira.

Isso, pois, garantiu-se a possibilidade de os tribunais desenvolverem e promulgarem normas jurídicas vinculativas que obrigam a prolação de decisões em conformidade com elas, sem qualquer liberdade de julgamento.

Inúmeros foram os precedentes com eficácia vinculativa desenvolvidos pelo Código de Processo Civil com o fim de garantir celeridade e uma “pseudo” segurança aos jurisdicionados, mas em absoluto desrespeito às garantias constitucionais.

Chega-se, então, à conclusão, mesmo que perfunctória, que na verdade o sistema de precedentes desenvolvido pelo Código está fadado à insconstitucionalidade.

Não há como se alterar toda uma sistemática jurídica que acompanha o desenvolvimento da sociedade por uma simples norma infraconstitucional, desrespeitosa à lei maior.

É, pois, o que se observa da fracassada tentativa do legislador que deverá, necessariamente, ser revista, tanto pelo Poder Judiciário quanto pela própria sociedade para que as garantias constitucionais dos cidadãos permaneçam intactas.

Referências

Brasil. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jun. 2012.

Brasil. Lei 5.869/1973. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 10 jun. 2013

Brasil. Lei 11.417/2006. Disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso 13 ago. 2013.

ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: RT, 2016. p. 285.

BUSTAMANTE, Thomas. Teoria do Precedente Judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

DIDIER JUNIOR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 2. 11ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, FREDIE. **Princípio da boa-fé processual. Proibição de o órgão jurisdicional comportar-se contraditoriamente**. Editorial nº 152. D**isponível em:** <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-152/>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os precedentes na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em:

<http://www.academia.edu/218491/Os_Precedentes_na_Dimensao_da_Seguranca_Juridica>. Acesso em: 18 de jun 2017.

REALE, Miguel.**Lições preliminares de direito**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.