

PRECEDENTES NA “COMMON LAW” E A UNIFORMIZAÇÃO INSERIDA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

PRECEDENTS IN "COMMON LAW" AND THE UNIFORMIZATION INSERTED IN THE CURRENT BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

<i>Recebido em:</i>	20/09/2018
<i>Aprovado em:</i>	08/12/2018

Luís Henrique Barbante Franzé¹

Leonardo de Oliveira Simões²

SUMÁRIO: *Introdução. 2. Conceito de precedente. 3. Relevância da “ratiodecidenti”. 4. Diferenças e flexibilidade dos “precedentes”. 5. Pronunciamentos rotulados como “precedentes” pelo CPC/15. 6. “Extensão” dos precedentes abasileirados. 7. “Qualidade” dos precedentes abasileirados. 7.1 Premissas para este item. 7.2 Regras de fundamentação e proibição de decisão surpresa. 7.3 Ampliação do contraditório antes do julgamento. 7.4 Modulação, estabilidade e publicidade. 8. Conclusões. Referências.*

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar aspectos da teoria dos precedentes na tradição da “common law”, onde foi desenvolvida, para estabelecer critérios de comparação com a busca pela uniformização pretendida pelo CPC/15, inclusive, ao eleger critério de fundamentação e estabelecer pronunciamentos definidos como “precedentes”, sem perder de vista as realidades de cada local. O tema também ganha importância, pois não vem sendo hábito, no Brasil, a utilização, dos “precedentes”, da forma como proposta pelo CPC/15. Por meio do objetivo desta pesquisa de examinar o contexto dos “precedentes abasileirados”, trazidos pelo CPC/15, a partir da tradição da “common law”, foi possível atingir o resultado da necessidade de Brasil observar as características da extensão e qualidade do pronunciamento tido como “precedente”. A metodologia utilizada será de caráter dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, bem

¹ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Professor no programa de mestrado da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha em Marília (UNIVEM) e no programa de graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). Advogado. E-mail: lhfranze@gmail.com.

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Realiza Estágio-docência na disciplina de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual do Trabalho, do curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Realiza Estágio-docência na disciplina Recursos no Direito Constitucional Processual Civil, do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP), vinculado ao CNPq - UNIVEM. Membro Fundador do Projeto Cidadania Proativa e Direito (PROATO): Uma perspectiva entrelaçada entre o ensino do Direito, alunos e comunidade. Advogado associado do escritório Flávio Luís de Oliveira Advogados Associados. E-mail: leonardo-simoes@hotmail.com.br.

como se relaciona à linha de pesquisa da dogmática jurídica. É esperado chamar maior atenção da comunidade jurídica para o uso dos precedentes como meio de aprimorar o resultado dos julgamentos, no contexto da técnica de efetivação dos precedentes judiciais pretendida pelo atual Código de Processo Civil.

PALAVRAS CHAVES: Precedentes; “Common law”; Uniformização no CPC/15.

ABSTRACT: The present research intends to analyze aspects of the theory of precedents in the tradition of common law, where it was developed, to establish criteria of comparison with the search for the standardization intended by CPC / 15, including, when choosing criteria of foundation and to establish pronouncements defined as "Precedents", without losing sight of the realities of each place. The issue also becomes important, since the use of "precedents" in the way proposed by CPC / 15 has not been a habit in Brazil. Through the aim of this research to examine the context of the "brazilian precedents", brought by the CPC / 15, from the common law tradition, it was possible to reach the result of the need of Brazil to observe the characteristics of the extension and quality of the pronouncement taken as "precedent". The methodology used will be of a deductive nature, through bibliographical research, as well as being related to the line of research of legal dogmatics. It is hoped to draw greater attention from the legal community to the use of precedents as a means of improving the outcome of the trials, in the context of the technique of effective judicial precedents intended by the current Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Precedents; "Common law"; Uniformity in CPC / 15.

1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema é fruto dos obstáculos encontrados, pela ciência jurídica, para buscar meios que permitam maior uniformização das decisões judiciais, quando versarem sobre questões e situações semelhantes, pois viria de encontro aos direitos fundamentais, já que implicaria maior igualdade e segurança jurídica (CF/88, art. 5º, “caput”).

Nesse contexto, inspirado na tradição da “common law”, o art. 927, do Código de Processo Civil (CPC/15) dispõe sobre a vinculação de alguns pronunciamentos em relação aos demais. Para facilitar esta pesquisa, doravante, rotularemos estes pronunciamentos como “precedentes”, mas que, desde já, advertimos que guardam profundas diferenças em relação aos verdadeiros precedentes da “common law”.

Dentre estes “precedentes” brasileiros, encontram-se os enunciados de súmula vinculante ou proferidos em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os acórdãos estabelecidos em incidente de assunção de competência (IAC) ou em incidente

de resolução de demandas repetitivas (IRDR); além dos enunciados de súmulas do STF (sobre matéria constitucional) e súmulas do STJ (sobre matéria infraconstitucional).

Por seu turno, demonstrando preocupação com a qualidade do “precedente” e com sua futura aplicação, o § 1º, do art. 489, do CPC/15, dispôs sobre a obrigatoriedade de enfrentamento dos fundamentos determinantes (“ratio decidendi”) do “precedente”, tanto para aplicá-lo, como para não aplicar.

Em paralelo, esta norma (CPC/15, art. 489, § 1º), trata-se de regra de fundamentação e, conforme o inc. IX, do art. 93, da Constituição Federal (CF/88), sua inobservância gera a nulidade do pronunciamento judicial.

É aqui que surge o problema desta pesquisa, pois – ao estabelecer procedimento de uniformização que não era muito usado no Brasil, já que teve sua tradição jurídica vinculada ao “civil law” – está trazendo problemas de aplicação como, por exemplo, alguns pronunciamentos judiciais que simplesmente desprezam estas regras de fundamentação e, a rigor, seriam nulos.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas identificar o eventual descompasso entre o precedente brasileiro e o da “common law”, com o propósito de instigar o debate, notadamente sobre esta uniformização estabelecida pelo CPC/15.

A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

2. CONCEITO DE PRECEDENTE

O conceito de precedente encontra raiz na tradição da “common law” e, mesmo lá, este conceito não é pacífico, já que possui variações. Assim, diante dos limites desta pesquisa, será usada, com maior ênfase, a doutrina de Ronald Dworkin.

Em paralelo, para viabilizar o estabelecimento deste conceito, é necessário buscarmos as características do precedente.

Assim, a primeira característica, que não pode ser perdida de vista, é a *aextensão* do objeto que é alvo do precedente, pois não se limita à decisão, necessariamente, uma vez que também abrange os fatos que geraram esta decisão e sua aplicação futura. Em outras palavras, o ideal é que a decisão contenha didaticamente, em seu bojo, os fatos e fundamentos que geraram o seu resultado, mas se faltarem estas informações (como

geralmente ocorre nos “precedentes” brasileiros), então o intérprete deverá buscar no contexto dos fatos.

Nesse sentido, Ronald Dworkin esclarece que o precedente vai além da própria decisão que lhe materializa, pois também abrange os fatos (história política) que implicaram o seu resultado, notadamente, os seus fundamentos determinantes (“ratio decidendi”) e, por essa razão, afirma que precedente se trata do relato de uma decisão política anterior³.

Uma vez elaborado o precedente, ele terá “força gravitacional”, que atrairá a mesma sorte para os futuros casos que serão julgados, sobre os mesmos fatos⁴.

Outra característica é a *qualidade* que o precedente deve possuir, até para que possa ser aplicado pelo futuro julgador. Em outras palavras, o pronunciamento não nasce como precedente, mas é reconhecido como tal pelo futuro aplicador do mesmo⁵.

Como explica Michelle Taruffo, a característica da *qualidade* implica a necessidade de melhor elaboração do precedente, já que estabelecerá regra a ser universalizada para casos futuros similares⁶.

E, para ter esta *qualidade*, como adverte Luiz Guilherme Marinoni⁷, o precedente deve enfrentar todas as matérias que tenham o condão de influir no resultado do julgamento do caso concreto. Desse modo, o pronunciamento que materializa o precedente deve conter todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que geraram o

³ Nesse sentido, Ronald Dworkin expressa que: “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação das leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.” (**Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 176).

⁴ Sobre este tema, Ronald Dworkin expressa que: “(...) a decisão anterior exerce força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular.” (**Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174).

⁵ Nesse sentido, Ronald Dworkin expressa que: “Não obstante, descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação.” (**Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 174).

⁶TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Colômbia: Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais. 2007, p. 87-89.

⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni salienta que: “O precedente obrigatório, embora se relacione com pessoas que não participaram do processo, tem sua legitimidade condicionada a ter sido proferido em processo com adequada participação dos litigantes em contraditório, os quais zelam para que a tese jurídica não seja desfigurada.” (**Precedentes Obrigatórios**, 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214).

resultado. Acreditamos que, exatamente por ter toda esta amplitude, Luiz Guilherme Marinoni⁸ defende que o precedente deve elaborar uma tese jurídica.

Ambas estas características (extensão e qualidade), permitirão que a aplicação do precedente traga *racionalidade* ao sistema jurídico⁹, inclusive, entre os fatos e o resultado gerado, bem como na aplicação em casos futuros. Do contrário, haverá a falta de uniformização, que implicará a ausência de isonomia e segurança jurídica¹⁰.

É nesse contexto, que – reiteramos - Ronald Dworkin conceitua precedente como o relato de uma decisão política anterior.

Portanto, em nosso entendimento, o precedente é o pronunciamento que visa a racionalidade do sistema (ao permitir a identificação dos fatos e dos fundamentos que, se presentes em julgamento futuro, determinarão o resultado do julgamento) e, por isso, deve ter as 02 (duas) características expostas, a saber: a) a *extensão*, pois deve abranger os fatos e os fundamentos determinantes (“ratio decidendi”) e a decisão gerada (que deve conter estes fatos e fundamentos), de modo a viabilizar a sua futura aplicação; b) a *qualidade*, uma vez que deve decidir convincentemente sobre todas as questões que possam influir no resultado final.

Desse modo, o uso da “ratio decidendi” – que será examinada no item subsequente -, é fundamental para a aplicação do precedente.

3. RELEVÂNCIA DA “RATIO DECIDENDI”

A ideia de precedente provém, com maior ênfase, dos direitos Inglês e Norte Americano, os quais se utilizam da tradição da “common law”¹¹, onde os aludidos

⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

⁹ Esta racionalidade é lembrada por Caio Márcio Gutterres Taranto - com apoio na doutrina de Geoffrey Marshall -, que adverte sobre a possibilidade de a terminologia precedente ser usado para outras aplicações. Como: “Primeiro, é, às vezes, utilizada sem promover consideração ou análise de um corpo de alegações relevantes de decisões anteriores. Em segundo lugar, ‘precedente’ pode ser utilizada como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância. Por fim, leciona o Professor de Oxford que a terminologia pode ser usada para estabelecer uma regra abstrata que, para a decisão em um caso particular, é arguida para exemplificar ou ilustrar.” (**Precedente judicial: Autoridade na jurisdição constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 8).

¹⁰ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni observa que: “No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quanto uma Turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão.” (**A ética dos precedentes**, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69).

¹¹DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. Martins Fontes, 1986, p. 353-379 e 447-476.

precedentes, por meio de sua “ratio decidendi”, possuem forças vinculativas e assim, grosso modo, um juízo inferior não pode decidir de maneira diversa do que já foi pacificado por Tribunais hierarquicamente superiores.

Vale reiterar, que a importância da “ratio decidendi” também se dá, por ser a parte do precedente que realmente vincula¹².

A “ratio decidendi”, no “common law”, não pode ser confundida com a fundamentação, pois é bem mais ampla¹³, podendo abranger o relatório, a fundamentação, o dispositivo e, até mesmo, os fatos que geraram o precedente.

Contudo, segundo Luiz Guilherme Marinoni, não existe uma definição exata para “ratio decidendi”, a qual, frise-se, também não possui correspondência em nosso país, entretanto, necessário se faz observar dois testes para sua identificação, a saber: Teste de Wambaugh e Método de Goodhart.

Na visão de Wambaugh, a “ratiodecidendi” é uma regra geral, onde sua ausência traria outra definição ao caso. Para se realizar o teste, Wambaugh ensina a formular uma proposição de direito, inserindo nela uma palavra que inverta seu significado. A partir daí, questiona-se se o Tribunal teria tido a mesma decisão caso aceitasse a nova proposição (com significado invertido). Se a resposta for positiva, não se trata de precedente, e sim de “obiter dictum”, contudo, em caso de negativa, tem-se uma “ratiodecidendi”¹⁴.

Portanto, extrai-se que para esse teste, a “ratio decidendi” é “a regra geral sem a qual o caso seria decidido de outra maneira”¹⁵.

Por outro lado, o método de Goodhart propõe que a razão de decidir seja vista de outro modo, qual sejam as questões fundamentais e materiais tratadas pelo magistrado.

Sendo assim, os fatos que o juiz entendeu como fundamentais e materiais, constituem a “ratio decidendi”, os que assim não forem vistos, são tratados como “obiter dictum”, elementos esses que não vinculam as decisões futuras dos magistrados.¹⁶

¹² Nesse sentido, Rupert Cross e J. W. Harris (**El precedente em el Derecho inglés**. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 61).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 222.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 163-164.

Deste modo, levando em consideração os testes mencionados, a “ratio decidendi” é extraída dos fatos fundamentais e materiais do caso em análise, onde, se retirados, este teria decisão diversa da que fora proferida.

4. DIFERENÇAS E FLEXIBILIDADE DOS “PRECEDENTES”

A partir do exposto nos itens anteriores – e ainda tendo como referência a “common law” -, é possível concluir que o uso dos precedentes tem, basicamente, 03 (três) funções, que são: orientar as pessoas; obrigar os juízes; e, não engessar as relações sociais ou mesmo a jurisdição¹⁷.

Mas, inclusive para não criar este engessamento, são necessários meios que permitam – excepcionalmente – flexibilizar os precedentes.

Pelo exposto até aqui, é possível verificar que a formação do precedente, na “common law”, grosso modo, é feita da forma, a saber:

- a) Há debates qualitativos no Judiciário, sobre a questão em julgamento;
- b) É proferida a decisão, que deve demonstrar, inclusive para a sociedade, sua justiça e coerência, em virtude da qualidade do pronunciamento;
- c) Dessa decisão é obtida a “ratio decidendi”, que vinculará as decisões futuras para casos semelhantes.

Porém, pode ocorrer que o caso em julgamento é diverso da “ratio decidendi” do precedente (e aqui será usada a técnica do “distinguishing”) ou mesmo que esteja ultrapassada a tese trazida pelo precedente (sendo necessária a técnica do “overruling”)¹⁸.

Por meio da primeira técnica (“distinguishing”) o magistrado verificará se o caso em julgamento retrata a mesma circunstância fática da “ratio decidendi” do precedente e, se a resposta for afirmativa, aplicará em sua decisão. Porém, caso a matéria em apreço não retrate a mesma circunstância fática, então o magistrado deverá demonstrar a

¹⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni salienta que: “(...) é vital saber usar o precedente, identificando-o como algo que, ao mesmo tempo que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e com os novos tempos.” (**Precedentes Obrigatórios**, 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212).

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.

distinção (entre o caso julgado e a “ratio decidendi” do precedente), para afastar o precedente tido como paradigma¹⁹.

Esta técnica de “distinguishing” permite que o magistrado explique claramente o motivo que não usará o precedente, como bem esclarece Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi²⁰. Mas, o que não pode ocorrer é, o julgador, simplesmente não aplicar o precedente, sem demonstrar esta distinção.

Por sua vez, a segunda técnica é o “overruling”, que permite ao julgador deixar de aplicar o precedente, quando a questão versada estiver ultrapassada, de modo que a sua *ratio decidendi* não poderá ser utilizada no caso²¹.

Contudo, para aplicar o “overruling”, o julgador deve demonstrar, fundamentadamente, esta defasagem do precedente com a realidade²².

Vale registrar que o inc. VI, do § 1º, do art. 489, do CPC/15, adotou estes mecanismos, ao admitir que os precedentes deixem de ser aplicados se demonstrada: “(...) a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Porém, o problema – que será exposto na sequência - é que o mesmo CPC/15 não explicou conceitos e regras imprescindíveis para a aplicação destas técnicas, como, por exemplo, não define “distinguishing”; “overruling”; “precedente”; ou mesmo “ratiodecidendi”.

5. PRONUNCIAMENTOS ROTULADOS COMO “PRECEDENTES” PELO CPC/15

Dentro do cenário exposto até aqui, é possível concluir que os “precedentes abramileirados” foram trazidos pelo art. 927, do CPC/15²³, ao expressar que “os juízes e os tribunais observarão”:

¹⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230-250.

²⁰ Nesse sentido, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi expressa que: “O distinguishing possibilita que o julgador, de forma imparcial, disponha os motivos pelos quais não irá utilizar o precedente no caso concreto, fundamentando sua decisão, mostrando a autoridade e o respeito aos precedentes e o porquê da não aplicação no caso em questão.” (**Da segurança jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/influências do sistema da common law e civil law**, 2ªed. Leme: Edijur, 2018, p. 186).

²¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 251-282.

²² Sobre a necessidade de fundamentação na aplicação do overruling, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi expressa que: “É de se elencar em relação à autoridade do precedente que sua força não enfraquece com o tempo em prol da certeza do direito; mas ao tornar-se ultrapassado para ser aplicado à realidade torna-se necessária, desde que perfeitamente fundamentada, a sua revogação; ou seja, o overruling.” (**Da segurança jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/influências do sistema da common law e civil law**, 2ªed. Leme: Edijur, 2018, p. 189).

- a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- b) os enunciados de súmula vinculante;
- c) os acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- d) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Vale esclarecer que, em nosso entendimento, a palavra “observarão” significa que diante de um precedente, apenas caberá ao julgador uma das 03 (três) condutas, ou seja: aplicá-lo, distingui-lo ou superá-lo²⁴.

Porém, é defeso ao julgador, simplesmente, deixar de aplicar o precedente sem qualquer distinção ou superação. Aliás, como adverte Daniel Mitidiero, a recusa à aplicação de precedente judicial constitui recusa de vinculação ao Direito²⁵.

Por outro lado, de fato, o CPC/15 é redundante ao determinar a vinculação em relação ao controle concentrado e à súmula vinculante, pois esta obrigatoriedade já decorria (e continua decorrendo) da própria Constituição (CF/88, arts. 102, § 2º; 103-A), isto é, existiria independente de previsão na legislação infraconstitucional²⁶.

Ressalvado este aspecto, adiante, serão examinadas, individualmente, as diferenças entre estes pronunciamentos e o precedente na “common law”. Para esta

²³ Conforme Daniel Mitidiero, este rol é exemplificativo, pois: “(...) deixa de mencionar que a partir do julgamento de recursos extraordinários e de recursos especiais não repetitivos julgados pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a partir do julgamento de embargos de divergência é possível formar precedentes.” (**Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 93).

²⁴Esse nosso entendimento não é pacífico. Por exemplo, para José Rogério Cruz e Tucci: “Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão” –, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo mediante devido processo e, ainda, aos julgados de controle direto de constitucionalidade.” (**O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454).

²⁵MITIDIERO, Daniel. **Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86.

²⁶ Para Daniel Mitidiero, o inc. I, do art. 927, do CPC/15 confunde eficácia ‘erga omnes’ com efeito ‘vinculante’, ao expressar que: “(...) confunde o plano da aplicação – que é o plano em que se situa o controle de constitucionalidade – com o plano da interpretação – que é o plano em que se situa a formação do precedente judicial.” (**Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82-83).

empreitada, será observado se estes pronunciamentos tem as características da extensão e da qualidade.

6. “EXTENSÃO” DOS PRECEDENTES ABRASILEIRADOS

A primeira diferença entre os precedentes brasileiro e da “common law”, já surge em relação a forma do pronunciamento que lhe materializa, pois, no Brasil, não há o costume de deixar clara a “ratio decidendi” e as questões relevantes debatidas. A propósito, sequer há o costume de usar a “ratiodecidenti”.

Em outras palavras, no Brasil, o acórdão não se preocupa em evidenciar didaticamente as circunstâncias fáticas e fundamentos determinantes que geraram o resultado do julgamento, dificultando a sua aplicação futura, devido ao maior esforço que se faz necessário para analisar a semelhança dos casos.

Exemplo dessa situação é observado, muitas vezes, em relação à súmula (vinculante ou persuasiva), pois, não raramente, os fatos e os fundamentos determinantes estão localizados nos acórdãos que geraram o enunciado da mesma, ao invés de estarem no referido enunciado. E, para piorar, algumas vezes, os fatos e fundamentos determinantes não estão nem mesmo nos acórdãos e nos enunciados, chegando a inviabilizar a adequada aplicação futura.

Aliás, uma das causas disso, se dá, porque, como a coisa julgada no Brasil incide apenas sobre o dispositivo da sentença e, de modo geral, a fundamentação acaba perdendo parte de sua importância²⁷.

Esta característica da extensão, também não é observada em razão do modelo do acórdão, no Brasil, que dá maior peso ao dispositivo (onde se define a parte vencedora e a derrotada), do que propriamente à fundamentação ou ao relatório.

Para exemplificar, basta imaginar o acórdão em que cada um dos 03 juízes tem um fundamento diferente para prover o recurso. Nesse caso, não haverá uniformidade quanto aos fundamentos, mas o recurso será provido, pois houve concordância quanto ao resultado.

Se fossem aclaradas no acórdão, as questões debatidas e o resultado de cada uma, facilitaria demais a aplicação do precedente em casos futuros. Nesse sentido, se o acórdão mencionasse que está provendo o recurso em razão da constitucionalidade dos

²⁷ Este posicionamento é trazido por Luiz Guilherme Marinoni. (**Precedentes Obrigatórios**, 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 218).

fundamentos “a” e “b”, no futuro, se algum jurisdicionado vier a postular pela inconstitucionalidade dos referidos fundamentos “a” e “b”, facilitará o uso do precedente referido, para rejeitar esta alegação.

Por outro lado, se for postulado pelo provimento do mesmo recurso, mas com base no fundamento “c” (que é diverso do “a” e do “b”), então, conforme o caso, o julgador, fundamentadamente, fará o “distinguishing” ou “overruling”, para não aplicar o aludido precedente.

Portanto, a inexistência de exigência da “extensão”, no direito Brasileiro, acaba dificultando a aplicação do precedente.

7. “QUALIDADE” DOS PRECEDENTES ABRASILEIRADOS

De fato, o CPC/15 trouxe regras para possibilitar a *qualidade* dos precedentes e, conseqüentemente, permitir que o pronunciamento esteja apto para ser precedente. Para essa finalidade, deve trazer as circunstâncias fáticas e fundamentos determinantes de seu resultado, de forma fundamentada, além de se manifestar sobre todas as questões que possam influir no resultado do julgamento (ainda que não acolhidas), após amplo contraditório.

Porém, estamos longe da “qualidade” que é preconizada por Ronald Dworkin para a “common law”. Apenas para mencionar uma diferença, ao contrário da súmula vinculante brasileira, que já nasce como precedente, na “common law” a decisão passa a ser precedente apenas quando é reconhecida, como tal, em julgamento futuro²⁸.

Todavia, para facilitar a exposição, este item será subdividido, na sequência dos parágrafos do art. 927, do CPC/15.

7.1 PREMISSAS PARA ESTE ITEM

O modelo do precedente na “common law” será usado como início do raciocínio, mas não como resultado final. A razão é simples, pois cada situação

²⁸ Por estas razões, concordamos com Nelson Nery Júnior e Georges Abboud, quando advertem que os precedentes, no Brasil, são diversos do precedente na “common law”, quanto às características, funcionalidade, tradição histórica e filosófica, inclusive, para desvincular a elaboração do direito pela via legislativa.” (**Stare Decisis vs Direito jurisprudencial**. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de - org. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Bahia: JusPodvm, 2013. p. 483-512).

(brasileira e estrangeira) deve ser examinada em seu contexto local, ou seja, o fato de um instituto funcionar em um país, não significa que funcionará em outro, dada a diferença das realidades de cada local.

Aliás, exemplo de diferença, que causa impacto profundo nesta pesquisa, é a breve comparação entre a Suprema Corte estadunidense, e o nosso Supremo Tribunal Federal (STF). De um lado, o STF é guardião de uma Constituição recente (promulgada em 1988), com muitos artigos (são 364 artigos, quando somados os 250 artigos do texto constitucional, com os 114 artigos do ADCT), menos estável, pois sofreu cerca de 100 emendas, nesse curto período. De outro lado, a Suprema Corte estadunidense é guardiã de constituição antiga (promulgada em 1787), com poucos artigos (são 7 artigos) e mais estável, pois apenas sofreu 27 emendas nesse longo período.

Outro aspecto é o problema da educação/cultura da litigiosidade que atravessa o Brasil, onde – segundo o Conselho Nacional de Justiça²⁹ – no ano de 2016 passaram pelo judiciário cento e dez milhões de processos, evidenciando que o problema está mais na cultura/educação, do que em normas processuais. Aliás, os precedentes, na “common law”, são usados para o jurisdicionado evitar o judiciário (estabelecendo uma advocacia mais consultiva e preventiva).

Feitos esses esclarecimentos, já se mostra possível adentrarmos à uniformização pretendida pelo CPC/15, na sequência.

7.2 REGRAS DE FUNDAMENTAÇÃO E PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA

O § 1º, do art. 927, do CPC/15, proíbe a decisão surpresa (CPC/15, art. 10), isto é, que o julgador decida sem oportunizar a prévia manifestação das partes sobre a mesma. Por exemplo, haverá “surpresa” quando o pronunciamento judicial reconhecer a prescrição, sem que as partes tivessem prévia oportunidade de manifestação sobre a mesma.

Na essência, esse dispositivo auxilia na fundamentação, pois, ao assegurar o contraditório, pela prévia manifestação das partes, permite que novos argumentos sejam trazidos e sopesados pelo julgador, na busca pela decisão justa.

Por sua vez, o mesmo dispositivo assegura regras de fundamentação impostas pelo § 1º, do art. 489, do CPC/15. Aqui vale observar que o direito fundamental de

²⁹ [<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>], acesso em 28/11/2018.

amplo acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), assegura o direito de receber a tutela jurisdicional plena e justa, de modo que o pedido poderá até ser rejeitado, porém deve ser apreciado pelo judiciário, de modo claro e integral.

Daí, porque o próprio inc. IX, do art. 93, da CF/88, determina a nulidade do julgamento não fundamentado³⁰.

Desse modo, o § 1º, do artigo 489³¹, do Código de Processo Civil de 2015, trazendo regras mais objetivas, classificou como não fundamentada qualquer decisão judicial que não enfrentar questões relevantes dos autos.

Nesse sentido, impôs que não será considerada fundamentada a decisão que:

- a) Não deixar clara a relação entre a causa e a questão decidida (CPC/15, art. 489, § 1º, I);
- b) Não explicar concretamente a relação entre a incidência de conceito jurídico indeterminado/motivos empregados e o caso dos autos (CPC/15, art. 489, § 1º, II e III);
- c) Deixar de enfrentar argumentos relevantes para o processo (CPC/15, art. 489, § 1º, IV);
- d) Não relacionar o uso precedente/súmula com o caso dos autos (CPC/15, art. 489, § 1º, V e VI).

Ainobservância dessas regras, implica a falta de fundamentação e, por isso, materializa omissão, que pode ser corrigida até mesmo por embargos de declaração (CPC/15, art. 1.022, par. ún. II).

Sem dúvida, este dispositivo assegura maior qualidade. Porém, está longe da “qualidade” visada por Ronald Dworkin, uma vez que o Brasil não tem o costume de

³⁰**Constituição Federal, art. 93.** (...) “IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...)”

³¹**Código de Processo Civil, Art. 489.** São elementos essenciais da sentença:

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
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.

inserir a “ratio decidendi” na decisão, didaticamente, para que possa ser aplicada em casos futuros³².

Em outras palavras, esta estrutura cria sérios embaraços para o juiz proferir um precedente que tenha qualidade interna de criar ou aperfeiçoar a tese jurídica e a qualidade externa de deixa-la cristalina³³.

Logo, a inexistência didática da “ratio decidendi”, no precedente, inviabiliza a “qualidade” do pronunciamento. Daí ser imprescindível, por exemplo, que o julgador relacione o precedente com o caso dos autos, como está nos incs. V e VI, do § 1º, do art. 489, do CPC/15.

7.3 AMPLIAÇÃO DO CONTRADITÓRIO ANTES DO JULGAMENTO

O § 2º, do art. 927, do CPC/15, busca trazer o maior número de entendimentos para serem debatidos e, com isso, adotar a decisão mais justa possível. Para tanto, esse dispositivo faculta a participação do maior número de interessados, bem como a realização de audiências públicas.

Por esta razão, concordamos com José Miguel Garcia Medina³⁴, quando defende o hábito de usar estes mecanismos, como meio de dar maior “qualidade” ao precedente, ao expressar:

Espera-se que ao reconhecimento *formal* do precedente agregue-se o *substancial*, isso é, trate-se de decisão proferida com elevado grau de qualidade (e.g., pleno respeito ao contraditório, participação efetiva de *amici curiae*, publicidade plena do procedimento, fundamentação exauriente em resposta a todos os argumentos relacionados ao problema etc.) e que a ela se submetam os juízes e Tribunais. O *déficit* qualitativo da decisão diminuirá ou, até, prejudicará o reconhecimento substancial a tal “precedente”, reduzindo sua “força” vinculante, fazendo com que juízes não o respeitem e, conseqüentemente, se ajuíze grande número de reclamações fundadas no art. 988, IV e §§ 4.º e 5.º do CPC/2015.

³² Conforme Daniel Mitidiero: “Identificar a ‘ratio decidendi’ de uma questão constante de um caso – isto é, o precedente que deve ser aplicado (‘precedente case’) – é apenas uma das tarefas que envolve a dinâmica de um sistema de precedentes. Além de identificar a ‘ratio’, é preciso saber se essa é aplicável ao caso presente (‘instant case’).” (**Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 99).

³³ Estas duas qualidades do precedente são expostas por Luiz Guilherme Marinoni. (**Precedentes Obrigatórios**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 214).

³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais, 974/2016. p. 135.

Todavia, as audiências públicas realizadas no STF, muitas vezes, não apresentam interação entre os julgadores e os expositores. A propósito, não raramente, a audiência pública é presenciada apenas por um ou dois dos onze ministros do STF.

Esse talvez seja o sintoma mais claro da elevada quantidade de competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal, no Brasil, se comparada com a Suprema Corte estadunidense.

7.4 MODULAÇÃO, ESTABILIDADE E PUBLICIDADE

Os §§ 3º, 4º e 5º, do art. 927, do CPC/15, respectivamente, tratam da possibilidade de modular os efeitos do precedente, e mantê-lo estável para gerar maior segurança jurídica e publicidade.

A modulação, nada mais é do que permitir que o julgador – a partir do caso em julgamento - decida a partir de quando será aplicável o “precedente”.

Por seu turno, a estabilidade significa que o precedente apenas pode ser alterado, se houver algum fato grave (como social ou jurídica), que justifique a modificação da tese fixada pelo precedente. A estabilidade evidencia que a jurisprudência é do judiciário (e não do juiz) e, por isso, a alteração de composição de colegiado não justifica a alteração de precedente, sob pena de criar insegurança jurídica em razão das pessoas que confiaram no precedente³⁵.

Assim, o precedente apenas pode ser alterado quando houver situação grave que justifique, como alteração legislativa, por exemplo. Daí a importância das audiências públicas e oitivas de interessados, desde que haja maior interação entre julgadores e participantes.

Já, quanto à publicidade dos precedentes, inclusive pela catalogação e divulgação pela internet (CPC/15, art. 927, § 5º), de fato, essa providência é imprescindível, pois o conhecimento do precedente aumentará a probabilidade de que

³⁵ Como explica José Miguel Garcia Medina: “Dessa ideia de *integridade* defluem as de uniformidade, estabilidade e coerência. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência”, diz o art. 926, *caput* do CPC/2015, de modo a que situações idênticas não recebam tratamento diferente (e, de outro lado, que não sejam tratadas de modo idêntico situações distintas, algo que também violaria o princípio da isonomia, que carrega consigo o reconhecimento do *direito em ver reconhecida a diferença*, já que tratar do mesmo modo situações distintas também significaria violar a isonomia).” (**Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais, 974/2016. p. 130).

não seja contrariado. Consequentemente, essa divulgação também auxiliará na cultura e educação de não litigiosidade.

De fato, estes mecanismos aumentam os efeitos pretendidos pela uniformização, tais como orientar as pessoas e obrigar os juízes.

Todavia, também há aqui o problema da educação, pois os precedentes no modelo estadunidense são usados para o jurisdicionado evitar o judiciário (estabelecendo uma advocacia mais consultiva e preventiva). Já, no Brasil, ainda temos que superar a cultura da litigiosidade. Ora, em um país com cerca de cem milhões de processos em andamento, como o Brasil, o problema está mais em removermos a educação e cultura da litigiosidade, do que propriamente na legislação processual.

8. CONCLUSÕES

Diante do exposto, já é possível responder ao problema lançado na introdução desta pesquisa, ou seja, quais os principais critérios que devem ser usados na interpretação do precedente, trazido pelo CPC/15, à luz dos conceitos da “common law”.

Assim, inicialmente, é possível concluir que nosso sistema de precedentes é diferente da “common law” (embora ambos busquem por maior uniformização) e, de modo geral, não se ajusta tanto à característica da *extensão* do pronunciamento, quanto à característica da *qualidade*.

Nessa esteira, na “common law”, o precedente não nasce como tal, mas é reconhecido por uma decisão futura, justamente em razão de sua clara *extensão* e *qualidade*. No Brasil, os pronunciamentos definidos como precedentes pelo art. 927, do CPC/15, já nascem como precedentes e independentemente de estarem ajustados à *extensão* e *qualidade* necessárias.

Ademais, se o julgador desprezar a característica da *extensão* e deixar de explicar didaticamente as circunstâncias fáticas e os fundamentos determinantes, este seu pronunciamento trará sérios embaraços para ser aplicado em casos futuros, quando não inviabilizar totalmente a sua aplicação.

Da mesma forma a característica da *qualidade* é fundamental para o pronunciamento ser considerado como precedente. Ora, o fato de a lei rotular determinado objeto verde como roxo, não mudará a sua cor, pois continuará sendo verde. O mesmo raciocínio vale para esta pesquisa, pois o pronunciamento não será

precedente apenas porque a lei lhe rotulou como tal. O que lhe torna precedente são as características da *qualidade* e da *extensão*, que dão racionalidade aos julgamentos.

Com esta ordem de ideias, a proposta de solução passa primeiramente pela imperiosidade de a cultura/educação da população se voltarem mais ao desenvolvimento do espírito de não litigiosidade, dentro da máxima em que o seu direito termina aonde começa o do próximo. Do contrário, jamais o judiciário terá meios para dar conta da astronômica quantidade de processos em tramitação, com a justiça que é exigida pela tutela jurisdicional.

Em paralelo, não há como negar que o CPC/15 “abrasileirou” mecanismos relacionados ao precedente sem maiores explicações, ou seja, incorporou uma “novidade” ao ordenamento pátrio, mas sem normas que expliquem sua incidência, tal como um remédio sem bula. A solução, para isso, além do imprescindível ajuste na legislação, também passa pela atuação dos operadores do direito, que devem desenvolver o hábito de observância da *extensão* e da *qualidade* dos precedentes. Este passo é fundamental para que o precedente – ainda que “abrasileirado” – possa ser aplicado na realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

CROSS, Rupert Cross e J. W. Harris (**El precedente em el Derecho inglés**. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 61

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da segurança jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/influências do sistema da common law e civil law**, 2ª ed. Leme: Edijur, 2018.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A ética dos precedentes**, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no estado constitucional e democrático de direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 974/2016.

MITIDIÉRO, Daniel. **Precedentes – Da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson, ABBOD, Georges. **Stare Decisis vs Direito jurisprudencial**. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de - org. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Bahia: JusPodvm, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: Autoridade na jurisdição constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Colômbia: Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR., Jaldemiro R. de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Esse artigo é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0. Você tem o direito de: Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; Adaptar — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.