

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

***DISTINGUISHING, OVERRULING e OVERRIDING*
NO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TEMOS CORTES PARA ISSO?**

PAULO HENRIQUE RAMOS BORGHI

**PRESIDENTE PRUDENTE/SP
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

***DISTINGUISHING, OVERRULING e OVERRIDING*
NO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TEMOS CORTES PARA ISSO?**

PAULO HENRIQUE RAMOS BORGHI

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Pós-Graduação para obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof.º Gilberto Notário Ligerio.

DISTINGUISHING, OVERRULING e OVERRIDING
NO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:
TEMOS CORTES PARA ISSO?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do Pós-Graduação em Direito Processual Civil.

Banca Examinadora

Gilberto Notário Ligeró
Orientador

Silas Silva Santos
Examinador

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro
Examinador

Presidente Prudente/SP, _____ de _____ de 2017

Se queremos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude. Fui claro? (LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di, no romance *Il gattopardo*: fala do personagem Tancredi, sobrinho do príncipe Fabrício de Salina.

AGRADECIMENTOS

À minha família (Ana Paula, Luca e Gabriela), pelo incessante incentivo ao estudo e paciência com as ausências. A todos os professores do curso que foram tão importantes nessa extensão acadêmica e no desenvolvimento deste trabalho. Aos meus eternos doutores – orientador e examinadores –, pela paciência em ensinar e não esmorecer diante das minhas limitações.

RESUMO

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar breve análise sobre o precedente judicial obrigatório no sistema processual brasileiro, à luz da nova codificação processual civil. Sua pretensa finalidade, utilidade e dificuldade frente às deformidades já arraigadas em nosso Direito pátrio. Calcado na definição, *lato senso*, de **DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA** de que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”¹. Como antevisto por **EROS GRAU**, observa-se que há relevante “distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão”². Traz também um curto comentário sobre as diferentes formas criadoras de precedentes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América e no Brasil. Junto com a força criadora dos precedentes obrigatórios, busca definir as hipóteses de sua não aplicação ou rompimento com a interpretação estabelecida, mediante uma argumentação extrema que a justifique, sempre à luz das peculiaridades do caso concreto. Ao final, tece considerações sobre o sistema proposto no novo Código de Processo Civil Brasileiro, sua eventual inconstitucionalidade e o atual nível de nossas Cortes superiores como motivo de sucesso – ou não – dessa novidade. É importante entender o sistema de precedentes implantado pelo novo Código de Processo Civil brasileiro porque doravante o que se procura, sem sombra de dúvidas, é a racionalização das decisões judiciais, com evidente fortalecimento dos entendimentos jurisprudenciais com vistas à obrigatoriedade de obediência a uma orientação pré-estabelecida, com pretensão maior nível de racionalidade e previsibilidade, arrimada – ao menos em tese – em interpretações mais adequadas do sistema legislativo vigente. O evidente objetivo – *mens legislatoris* – é que decisões judiciais sejam tomadas com coerência ou integridade e não destoem de outras decisões já prolatadas sobre o mesmo tema e envolvendo as mesmas circunstâncias. Por sua carga evidentemente cogente, – daí seu enquadramento como *stare decisis* – pode-se dizer, bem por isso, que doravante a lei deixou de ser o único paradigma obrigatório do Direito – fonte primária – que vincula a decisão do julgador. É de boa técnica, portanto, que antes de nos aprofundarmos no dia-a-dia do novo sistema de precedentes judiciais obrigatórios, se promova a familiarização e compreensão do tema entre os operadores do direito e que se criem condições, principalmente, para que os magistrados exerçam o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas e preenchimento de planilhas administrativas, permitindo aos mesmos unicamente manterem a atenção voltada à necessária ocupação com a qualidade de seus julgados.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. *Common Law*. *Civil Law*. *Stare Decisis*. *Distinguishing*. *Overruling*. *Overriding*. Liberdade constitucional do juiz. Perenidade da jurisprudência.

¹ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 454.

² GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

ABSTRACT

Abstract: This paper aims to present a brief analysis of the mandatory judicial precedent in Brazil's procedural system, in light of the new civil procedural code. Its alleged aim, as well as, its utility and difficulty in the face of the deformations already rooted in our national law. Broadly, but firmly, based on the definition from DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA that "precedents are judicial decisions taken in light of a concrete cases, whose normative elements can serve as guidelines for the subsequent judgment of analogous cases"³. As foreseen by EROS GRAU, it is observed that there is a relevant "distinction between legal norms and the rule of decision"⁴. It also gives a short commentary on the different ways of creating precedents in England, the United States of America and Brazil. Together with the creative force behind obligatory precedents, it seeks to define the hypotheses of its non-application, or rupture, with the established interpretation, by means of an extreme argument that justifies, always in light of the concrete cases' peculiarities. Finally, it brings together considerations regarding the system proposed by the new Brazilian Civil Procedure Code, its eventual unconstitutionality and the current level of our High Courts as a success - or not - regarding this novelty. It is important to understand the system of precedents implemented by the new Brazilian Civil Procedure Code because, hereafter, what is sought without a doubt is the rationalization of judicial decisions, with a clearcut strengthening of jurisprudential understanding regarding the obligation of obedience to previously established guidelines, aiming towards higher levels of rationale and predictability, coupled - at least in theory - with more adequate interpretations of the current legislative system. The clear legislative - *mens legislatoris* - is that judicial decisions are taken with consistency or integrity and not without consulting other decisions already issued on the same subject and involving the same circumstances. Because of its evidently constraining charge, hence its framing as *stare decisis*, it may well be said that henceforth the law has ceased to be the only obligatory paradigm of law -- primarily sourced -- binding the judgment of the judge . It is good practice, therefore, that before we delve deeper into the day-to-day of the new obligatory judicial precedents system, we should promote the familiarization and understanding of the issue among law operators and create conditions , above all, so that magistrates exercise their free will without the usual preoccupation with goals and the completion of administrative worksheets, allowing them only to maintain their attention focused solely on the necessary occupation with the quality of their judgments.

Keywords: Judicial precedents. Common Law. Civil Law. *Stare Decisis*. Distinguishing. Overruling. Overriding. Constitutional freedom of the judge. Perennial/Perpetuity of jurisprudence.

³ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 454.

⁴ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Um remédio chamado precedente	10
2 BREVE INTRÓITO HISTÓRICO	11
2.1 A quimera constante	11
2.2 Rapidez e pressa processual	13
2.3 Uma nova tentativa legislativa	13
2.4 <i>A mens legis</i>	14
2.5 A mudança	15
2.6 Filoneísmo e Misoneísmo	16
2.7 Regras de contrapeso	17
2.8 Common Law e Civil Law	18
3 STARE DECISIS COLETIVO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	23
3.1 A Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais que Adotam ou Não o Precedente Obrigatório	23
4 TEMPO E JUSTIÇA – TEMPO E DIREITO – RAPIDEZ E PRESSA	26
4.1 Efetividade Processual às Avessas	27
4.2 Filoneísmo e Misoneísmo no Direito	34
5 FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES - DISTINGUISHING – OVERRULING – OVERRIDING	37
5.1 Técnicas de confronto, interpretação e não aplicação	37
5.2 Overruling	39
5.3 Overriding	41

6 A LIBERDADE CONSTITUCIONAL DO JULGADOR NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	44
6.1 Considerações Gerais	44
6.2 O sistema de Precedentes adotado pelo NCPC é natimorto?	45
6.3 Exemplos Empíricos que Arrimam as Opiniões sobre a Necessidade de Precedentes Obrigatórios em nosso Sistema Jurídico	51
6.3.1 Da postura dos membros do STF frente às suas teses derrotadas	52
6.3.2 O problema da definição da competência para conhecimento do pedido do dano moral na justiça do trabalho	54
6.3.3 Salário mínimo como base de cálculo de adicional de insalubridade	56
6.3.4 A interpretação sobre possibilidade de purgação da mora em contratos de alienação fiduciária	59
6.3.5 Decisões contraditórias da mesma câmara julgadora e do mesmo julgador	61
7 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1 INTRODUÇÃO

1.1 Um remédio chamado precedente

Após extensos debates ocorridos no Congresso Nacional, o Novo Código de Processo Civil, vigente a partir de 18 de março de 2016 passou a ter vigência no atual ordenamento jurídico. Concebida para ser uma quebra de paradigma ao sistema processual até então vigente, a nova legislação tentou diminuir formalismos e buscou dar relevante importância às transações processuais e à solução do mérito das demandas para garantir aos jurisdicionados celeridade e qualidade. Inegável que o escopo foi, ainda, desafogar o Judiciário.

Devido a essas alterações – e em especial para esse último desiderato – o estudo do precedente judicial obrigatório ganhou relevância para os acadêmicos, bem como para os profissionais da área jurídica em geral, pois afetará consideravelmente todo o cotidiano forense.

Considerando ser novidade sem paralelo em nosso sistema processual, achamos pertinente analisar a questão à luz de nossa realidade jurisdicional e jurisprudencial.

Pensando inicialmente sob sua ótica finalística, muito se questiona se a introdução pura e simples de sistema alienígena em nosso meio jurídico terá o condão de alcançar seu objetivo.

Em outras palavras: temos legislação, órgãos judiciais e magistrados para isso?

Este estudo, portanto, escoimado no método indutivo e arrimado na experiência de três décadas lidando com nossas Cortes, seus julgadores, seus casuísmos encomendados e através de capítulos comparativos entre o Direito Inglês e Americano com o nosso, tem o objetivo de externar opinião sobre o tema e de forma despretensiosa contribuir para o êxito do escopo deste trabalho.

Ao final se verá, sem sombra de dúvidas, que mais uma vez as boas intenções do legislador culminaram com a criação de um inédito sistema híbrido que, como tal, tende a ser estéril.

2 BREVE INTRÓITO HISTÓRICO

Já é consolidado que buscamos e vivemos novos ares no campo da efetividade do jurisdicional e um novo tempo no direito. Independentemente dos enfoques jurídicos e políticos que se dê à questão ao redor do planeta, é consenso que a forma de interpretação e o modo de aplicação do direito há de ser revisto e permita o fortalecimento dos princípios constitucionais de cada país, com fortalecimento das instituições democráticas.

É com esse escopo que este trabalho se desenvolve.

2.1 A quimera constante

É antiga no Brasil a noção de lentidão do Judiciário e a sua falta de previsibilidade.

Bastam singelas consultas em repositórios de jurisprudências para se perceber que entendimentos diversos – e não raras vezes contraditórios – sobre temas iguais são recorrentes. Não é obtuso dizer que em certos casos tais disparidades ocorrem dentro do mesmo Tribunal.

Há senso comum entre os jurisdicionados, portanto, que a justiça é lenta e a jurisprudência a ser seguida num determinado caso concreto é “loteria”.

Constata-se, assim, que é incessante na evolução do Direito Processual a busca pela duração razoável do tempo do processo e, em essência, da realização efetiva do direito material no mundo dos fatos palpáveis. A busca da velocidade – não pressa – na solução dos conflitos já passou à categoria de garantia fundamental em todos os Estados modernos. Cada um à sua forma, não há país que não busque essa quimera.

Sem deixar de se estabelecer formas e procedimentos processuais tendentes ao alcance desse desiderato, sempre se buscou evitar o formalismo excessivo.

Quando **KANT** (s.d, p. 30) escreveu⁵ que “a pomba ligeira agitando o ar com seu livre voo, cuja resistência nota, poderia imaginar que o seu voo seria mais fácil no vácuo”, estabeleceu interessante metáfora para aqueles que se queixam de todos os formalismos do processo.

Ou seja, esses inconformismos quanto à forma “são como as queixas da pomba contra a resistência do ar, esquecida de que é justamente ela que permite o voo”.⁶

Nesse caminhar incansável muito se criou e, como que num exercício constante de busca pelo ideal – que **CRUZ E TUCCI**⁷ denomina de “tempo oportuno” –, ainda muito haverá de ser criado para o escopo maior do processo, que é entregar ao consumidor do Direito a solução e satisfação do mérito do conflito apresentado ao Estado.

Dentre as tentativas desses movimentos está, no Brasil, a importação e adoção do sistema de precedentes judiciais obrigatórios na busca do *stare decisis* coletivo, típico fenômeno dos sistemas de *common law*.

Precedentes judiciais obrigatórios, na lição de **LARENZ**⁸, são “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutra caso”, na busca do *stare decisis*⁹.

E, como magistralmente define **CRUZ E TUCCI**¹⁰, “O precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Assim, é a observância obrigatória (*binding precedents*)¹¹ que confere ao entendimento de uma Corte o *status* de precedente judicial objeto deste estudo.

⁵ Na “introdução” à *Crítica da Razão Pura*, III, p. 30, acerca dos perigos do exagerado formalismo do processo.

⁶ DALL’AGNOL JR. Antonio Janyr., in *Invalidades Processuais*, Ed. LeJur, 1.989, p. 69.

⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, 1997, Ed. RT, p. 14.

⁸ LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611, *apud* MACÊDO, Lucas Buriel de - *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*, Editora JusPODIVUM, 2015, p. 87. Ver. Nota 11 – fls. 87.

⁹ Expressão utilizada no Direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um determinado órgão da jurisdição criam entendimento sobre alguma matéria ou questão que passa a vincular as outras que serão preferidas no futuro, sobre o mesmo assunto.

¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 12.

2.2 Rapidez e pressa processual

Dessa forma, mostra pertinente o estudo dos precedentes judiciais para os conceituar e identificar no Direito Processual e os atrelar aos preceitos fundamentais de segurança jurídica e previsibilidade da atuação estatal diante de situações símiles com vista à estabilidade do sistema.

E como as situações de interesses e conflitos sociais surgem e se apresentam para serem solucionadas numa velocidade muito superior à capacidade do legislador em criar normas – e num sistema de *civil law* como o nosso isso é sempre mais visível –, por certo tão importante como criar ou adotar o sistema de precedentes obrigatórios deverá ser a definição de seus limites, efeitos e formas de aplicação.

Apenas parafraseando **SHAKESPEARE**, é preciso lembrar que “tão fora de tempo chega aquele que vai depressa demais como aquele que se atrasa.”

Pois bem.

2.3 Uma nova tentativa legislativa

Em mais um degrau nessa subida rumo à efetividade processual, o novo Código de Processo Civil segue essa mesma linha e traz novos artigos e institutos, que também visam diminuir o tempo do processo, a partir da ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais em processos repetitivos (também chamados de “ações de massa”).¹²

¹¹ A tradução livre do termo é “Súmula Vinculante”, mas sua definição legal pela USLegal.com é assim exposta: “*Binding precedent means a precedent or an existing law that courts are bound to follow. For example, a lower court is bound to follow an applicable holding of a higher court in the same jurisdiction. Such precedents are also termed authoritative precedent or binding authority. Such precedent exists within common law jurisdictions that recognize judicially made law. Generally, binding precedents follow the doctrine of stare decisis, which means 'stand by the decision.'* Most states within the U.S. follow a common law system of law.” In <http://definitions.uslegal.com/b/binding-precedent/> - acesso em 28/06/2016 às 14h11. Em tradução livre: Precedente obrigatória significa um precedente ou uma lei existente sendo obrigatório os tribunais seguirem. Por exemplo, um tribunal inferior é obrigado a seguir as diretrizes vigentes de um tribunal superior na mesma jurisdição. Precedentes tais são denominados de precedência autoritário ou autoridade vinculativa. Tal precedente existe dentro de jurisdições de direito comum que reconhecem leis feitos judicialmente. Geralmente, os precedentes obrigatórios seguem a doutrina stare decisis, que significa 'ficar do lado da decisão'. A maioria dos estados nos Estados Unidos segue um sistema de direito comum.”

¹² Veja, já *ab initio*, portanto, que a *ratio* da criação do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil não guarda qualquer similitude com o *Common Law*. Aqui tudo é feito de cima para baixo, com a intenção –

Literalmente o novo CPC estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926). Ou seja, os tribunais não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, como se cada juiz, desembargador ou turma julgadora não fizesse parte de um sistema.

A uniformização, para além da simples edição de enunciados de súmulas, pressupõe a adequada referência aos fatos dos precedentes que formaram a sua criação (§§1º e 2º). A exigência de estabilidade está ligada ao dever de respeito aos precedentes já firmados e a necessidade de fundamentação adequada para a sua distinção e/ou superação.

Assim – e é incrível que se necessite dizer isso no Direito moderno –, casos semelhantes devem ser decididos sob o prisma da igualdade, com respeito aos princípios que foram aplicados nas decisões anteriores.

Em resumo, deve existir um processo interpretativo que leve em conta a força normativa da Constituição e a ideia de unidade do direito, afastando o voluntarismo e ativismo judicial decorrentes de arbítrio e vaidades.

2.4 A *mens legis*

Entre as novidades o novo CPC apresenta a criação do Incidente de Assunção de Competência (IAC – art. 947) e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR – arts. 976-987).

Em apertada síntese, o primeiro prevê que, estando em julgamento relevante questão de direito, com grande repercussão social e sem múltipla repetição, poderá o relator do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, propor a assunção de competência para julgá-lo por órgão colegiado que o regimento interno do tribunal indicar.

A óbvia *mens legis* é prevenir ou dirimir controvérsia a respeito da matéria, vinculando os membros do tribunal e os juízes a ele submetidos.

Se essa relevante questão de direito, com grande repercussão social apresentar múltipla repetição, o incidente adequado é o IRDR, que almeja proteger a isonomia e a segurança jurídica.

O julgamento do IRDR será aplicado obrigatoriamente a todos os processos individuais ou coletivos que tratem da tese decidida, e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive às causas de competência dos juizados especiais. A tese jurídica fixada deve, ainda, ser aplicada aos casos futuros que tratem da idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo se houver a revisão da orientação firmada no incidente (art. 985, I, II).

Como é hialino e óbvio, os objetivos do IAC e IRDR são:

- a) conferir maior estabilidade e previsibilidade à jurisprudência do tribunal local;
- b) evitar a divergência interpretativa e a chamada “jurisprudência lotérica” entre juízes vinculados ao mesmo tribunal;
- c) abreviar o tempo dos processos;
- d) diminuir os recursos aos tribunais superiores;
- e) prestigiar a igualdade e a segurança jurídica;
- f) atribuir força obrigatória e vinculativa do entendimento do tribunal local aos órgãos a ele vinculados nas demandas repetitivas, cuja tese jurídica foi coletivizada;
- g) acabar com o fenômeno da pulverização de demandas que versem sobre um mesmo assunto.

2.5 A mudança

Ao mesmo tempo que o legislador impôs aos julgadores o entendimento judicial considerado precedente obrigatório, tratou de evitar – ou tentou, ao menos – o engessamento do Direito.

Essa luta entre o *status quo* e o desejo de mudança é milenar.

No Livro da Sabedoria **CONFÚCIO** já enfatizava, “Transmito, mas não crio; gosto sinceramente do antigo. Comparar-me-ia, pois, a nosso Velho P’eng, que se comprazia em falar dos bons tempos de outrora!”¹³

Em sentido oposto, o imperador **MARCO AURÉLIO**, em **Solilóquios**, ao abrir seu “Livro Primeiro” e depois de tecer elogios aos seus antepassados e preceptores, quando trata do tema da modificação de algo, ensina que duas coisas devem ser levadas em consideração:

La uma, que las cosas exteriores no alcanzan a nuestra alma y que la turbación nace em nosotros por la sola opinión que interiormente nos formamos; la otra, que todas estas cosas que ves, no bien habrás vuelto los ojos cuando se habrán ya mudado para no permanecer más. Enfin, medida constantemente sobre todas las modificaciones que has visto. El cosmos es cambio; la vida es opinión.¹⁴

E completa, “*Todo nuestro asentimiento está sujeto al cambio; pues ¿ em donde está el hombre que nunca cambia?*”¹⁵

2.6 Filoneísmo e Misoneísmo

E aqui é pertinente trazer à lume as definições desses comportamentos à luz do Direito.

Fecundas são as lições de **MARCO ANTÔNIO SCHEUER DE SOUZA**¹⁶ que adverte sobre a eterna luta entre os embalsamadores e os fantasistas do Direito.

Anota o mestre que se percebe em todo indivíduo uma tendência para a estabilidade. Há indivíduos, pondera o autor, nos quais essa tendência acaba se tornando preponderante, principalmente quando ela seja ou possa ser representativa de um ganho ou da manutenção de uma situação que lhe pareça favorável. Com efeito, mais doentio ainda, embora muitas vezes verificável, vem a ser o exagerado apego ao usualmente aceito, correspondendo a uma verdadeira aversão às modificações que

¹³ 3ª ed., Brasília: Thesaurus, 1975, p. 58.

¹⁴ SOLILÓQUIOS, Buenos Aires: Angel Estrada, 1946, p. 46. Em tradução livre: *Uma, que as coisas externas não atinjam a nossa alma e o constrangimento nasce em nós pela opinião exclusiva que formamos interiormente; a outra, que todas essas coisas que você vê, tão logo você virou seus olhos já se mudaram para não ficar mais tempo. Enfim, constantemente medir todas as mudanças que você já viu. O universo é mudança; a vida é opinião.*

¹⁵ Ob. Cit. p. 76.

¹⁶ O Misoneísmo e o Filoneísmos Jurídicos, Erechim, 1999, Instituto Scheuer de Souza, p. 67/68.

vêm sendo introduzidas nos usos, mesmo quando essa atitude não represente nenhum benefício prático para o misoneísta¹⁷.

De outra banda, ainda **MARCO ANTÔNIO SCHEUER DE SOUZA** pontifica que há os filoneístas do Direito (1999, p. 74):

Observa-se também que pode ser encontrada no ser humano uma tendência para o movimento estruturante do novo. Verifica-se, pois, uma certa propensão à instabilidade, maior ou menor. Em muitos indivíduos essa propensão pode chegar a assumir um sentido totalizante, o que os transforma em verdadeiras máquinas de “tábulas rasas”. E o comportamento filoneísta pode se dar, quer por conveniência (o novo poderia lhe ser mais favorável), quer por preponderância (às vezes não consegue deter o impulso filoneísta), e mesmo por convulsão generalizada (contra tudo o que é velho ou a favor de tudo o que é novo).¹⁸

2.7 Regras de contrapeso

Daí por que, no campo prático da lida forense, a importância do estudo dos institutos de *distinguishing*, *overruling* e *overriding* que permitem que o sistema de precedentes judiciais obrigatórios seja adequadamente entendido, aplicado, oxigenado e, com isso, exitoso e perene.

Na luta entre o direito posto e as aspirações sociais modernas, hão de se definir técnicas que de um lado possibilitem o incremento de atividades tendentes à efetivação do processo constitucional e, do outro, evitem a petrificação do Direito.

Pertinente transcrever a advertência de **LUIZ GUILHERME MARINONI**, feita sob forma de desejo, já no prefácio da 4^a edição da sua obra, para quem:

As regras que regulam a operação com precedentes – fundamentação das decisões, distinção, revogação dos precedentes e efeitos no tempo da decisão revogadora –, trarão grande impacto ao funcionamento da justiça civil e ao exercício da advocacia, além de grandes benefícios à sociedade.¹⁹

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, no Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2^a ed., 34^a reimp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, pág. 1141 define o misoneísmo: ***aversão a tudo quanto é novo – ideias, costumes, forma de arte, etc. –, não por um motivo bem fundado, mas tão-só porque não correspondem ao estabelecido***

¹⁸ Ob. Cit. p. 74.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4^a ed., 2016.

Que trarão impacto não há dúvida, mas que proporcionarão “*grandes benefícios à sociedade*”, trata-se de profundo desejo incontido do autor. A conferir.

2.8 Common Law e Civil Law

Ainda que de forma perfunctória, somente após o estabelecimento de conceitos básicos sobre o tema, apontando suas origens e alcance é que se pode arrancar explicações que permitam sua integração ao ordenamento jurídico.

Para o fim colimado deste trabalho, de forma singela, os dois sistemas podem ser definidos com as seguintes características:

O conceito de “*civil law*” deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental. Junto com suas conquistas territoriais vieram sua forma de legislar e resolver conflitos, basicamente através da elaboração de leis escritas, códigos, constituições, etc.

Trata-se, pois, de sistema jurídico em que a ordem jurídica é composta fundamentalmente por *statutory law* (leis escritas).

A jurisprudência, conquanto indicativa de pensamento interpretativo de leis ou situações fáticas, nunca funcionou como atividade criadora de lei, mas sempre num sentido derivado, suplementar, e não originário.

É a lição brilhante de **GUIDO FERNANDO SILVA SOARES**:

Fato marcante na infância da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou, em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais (que vicejavam à sombra dos mosteiros e conventos, portanto bem próximas dos cultores do Direito Canônico, na época, escrito e extremamente bem-elaborado), dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisconsultos romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo. Mesmo que se reconhecesse a máxima do Direito Romano de que *ex facto oritur jus*, o direito foi concebido como uma criatura conceitual perfeita, um modelo de justiça racional a ser atingido, a estrutura basilar de uma sociedade ideal, à qual a sociedade real e existente deveria ser conduzida. Note-se que, mesmo que os fatos não correspondessem ao ideal do direito, este teria sua precedência sobre os fatos (e evidentemente que estamos descrevendo tendências, pois o sistema possuía instrumentos de moldar-se à realidade). De tal postura, nascida do exame erudito dos autores considerados aceitos (vide a Lei das citações do Imperador

Valentiano, 426 da era cristã, que mandava os juízes só considerarem como fonte do direito as citações dos cinco juristas seguintes: Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino), com a consequente fixação na forma de preceitos escritos, os brocardos, até reuniões, por eruditos, de normas esparsas, em códigos, ordenados pelos governantes (e são vários, ao lado da codificação do Imperador Justiniano, os Rôles d'Oléron, as Siete Partidas...). Perpassando pela autoridade dos reis ou outros poderes legiferantes, o sistema já marcava sua presença na história das civilizações: a preocupação com a lei escrita, em que deveria haver uma sistematização de princípios gerais, em detrimento de particularismos. Em tal universo geométrico, a dedução, também denominada "silogismo", foi o método exegético empregado, copiando dos estudos universitários medievais o rigor lógico de sua apresentação formal, até mesmo com o exagero de se dizer que a verdade é aquela que formalmente se conclui ou se infere por um raciocínio bem construído, de acordo com a Lógica Menor!²⁰.

Já a expressão "*common law*", como ensinado por **RAMIRES**²¹, significava, em sua origem, o "direito comum" a toda Inglaterra.

O direito era "comum", pois vinha dos Tribunais de *Westminster*, cujas decisões vinculavam toda a Inglaterra, em oposição aos direitos particulares de cada tribo.

Trata-se, pois, de sistema jurídico em que a ordem jurídica é composta, predominantemente, não pela *statutory law*, mas pelos precedentes judiciais (*precedents*), que são historicamente vinculantes.

Dessa forma, verifica-se que, desde sua formação, a *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*, pois, embora ainda não houvesse um cogente efeito vinculante ao precedente, os operadores do direito inglês já ressaltavam a relevância dos julgados e a importância de que tais decisões fossem seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito.²²

²⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo. Ed. RT, 2000, 2ª edição, p. 27/28.

²¹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 154.

Logo, desde o seu início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, isto é, “mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto”.²³

Assim, digna de nota é a advertência de **ANA CAROLINA BORGES DE OLIVEIRA**²⁴:

Embora se tenha falado anteriormente na ligação direta entre o sistema da *common law* com o sistema de precedentes eles não se confundem. Ao se mencionar o sistema da *common law*, estar-se-á se referindo ao modelo de direito inglês caracterizado por possuir como principal fonte o costume, nascido como forma de oposição ao poder dos feudos pelos Reis ingleses. Já o sistema do *stare decisis* se refere ao modo de operacionalizar o sistema da *common law*, conferindo certeza a essa prática. É o denominado sistema de precedentes, que surgiu apenas no século XVI. (SABINO, 2010, p. 61). Assim, a teoria do *stare decisis et non quieta movere*, que significa literalmente mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto; está relacionada à ideia de que os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes. (NOGUEIRA, 2011, p. 162).

É cediço que atualmente não há mais no mundo jurídico relevante sistema legal puro.

O próprio Direito inglês, berço da *common law*, possui seu *Civil Procedure Rules* (CPR) com imposição de procedimentos e comportamentos estreitos.

Quem ensina com propriedade é **NEIL ANDREWS**²⁵:

O Direito Processual Civil inglês é regido pelas novas Regras do Processo Civil (1988) (as CPR – do inglês, Civil Procedural Rules)”. O novo Código mudou a cultura litigiosa dos tribunais ingleses. As CPR civis passaram de um sistema antagonista para um modo de litigar mais cooperativo. Os advogados têm adaptado suas expectativas judiciais de modo a não lutarem pelos interesses de seus clientes de forma implacável e agressiva. Os princípios centrais do novo Código são apresentados na primeira parte das CPR, “Objetivo Preponderante”. Um dos princípios é o da “proporcionalidade”. Este é um conceito amplo, que controla a distribuição de ações dentro da estrutura do Judiciário. Ele determina, também, a intensidade com que cada processo será estruturado e preparado. Outro tópico relacionado é a necessidade de foco: as partes e o tribunal, especialmente por meio de gestão do processo, devem se concentrar no âmbito do conflito, em vez de em questões periféricas. Um

²³ NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121, traduz a expressão para “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente.”

²⁴ *in* Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito, Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10, jan. /Jun. p. 49.

²⁵ ANDREWS, Neil, *The modern civil process: judicial and alternative forms os dispute resolution in England* (O Moderno Processo Civil – Formas Judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra), Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed.. RT, 2009. p. 28/29.

terceiro princípio é o de evitar a demora: para tanto, horários e datas determinados pelos tribunais de justiça são as principais ferramentas. Em muitos processos, as partes e seus respectivos advogados têm de cumprir protocolos que antecedem a ação. Esses protocolos funcionam como uma preparação para o processo formal. Seu principal objetivo é ajudar as partes a resolverem o caso. As regras são amplamente auto-executáveis e requerem que as partes cooperem.

E note. São regras escritas.

HÉLIO RICARDO DINIZ KREBS demonstra o mesmo quando disserta sobre o Direito norte americano, senão vejamos:

O Poder Legislativo também faz leis nos Estados Unidos, as quais, assim como na Inglaterra, são hierarquicamente superiores aos precedentes vinculantes. Contudo, apesar de gozarem de primazia, elas são residuais, pois costumam apenas completar os vácuos deixados pela ausência de julgado relativo a determinado caso. Nesse sentido, Guido Fernando Silva Soares afirma que “embora seja o *case law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela lei escrita que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se, então, que um case foi ‘*reversed by statute*’”. Nos Estados Unidos, a sistemática dos precedentes é vista como decorrência da própria estrutura do Judiciário (art. III da Constituição daquele país), extraída da tradição inglesa. Os precedentes são entendidos, também, como decorrência do princípio da igualdade.²⁶

Essa onda de hibridismo de sistemas não passou despercebida por **TARUFFO**²⁷, que ensina:

Deve-se ressaltar, antes do mais, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de common Law, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de civil Law. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de Civil Law faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de Common Law faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos — do direito comercial ao direito processual — são na realidade “codificadas”. A importância do fenômeno que estamos a considerar parece evidente, principalmente, em duas dimensões, além daquela da sua expansão em todos os ordenamentos modernos: na dimensão teórica e na dimensão prática. A

²⁶ DINIZ KREBS, Hélio Ricardo, Sistemas de Precedentes e Direitos Fundamentais, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

²⁷ 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-ejurisprudencia/>>. 02/01/2017, às 16h18.

dimensão teórica refere-se à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza, de maneira peculiar, a estrutura da argumentação jurídica em relação à interpretação da regra do direito e à sua justificação, seja quando o precedente é invocado em sede de análise doutrinária, seja quando ele é dirigido no contexto da interpretação judicial do direito.

Bem assim, está cada vez mais evidente que não há mais purismo nos sistemas. A produção legislativa escrita não é exclusividade da *Civil law* e nem o respeito obrigatório aos precedentes se restringe ao ambiente da *common law*.

3 STARE DECISIS COLETIVO E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como é cedido, estamos constantemente num eterno buscar de soluções mais adequadas para os problemas da Justiça brasileira.

Já se tem a noção de que no estágio da sociedade atual as relações são, em sua maioria, de massa. Corolário disso é que grande parte das relações jurídicas não afetam somente duas partes envolvidas no processo, mas a coletividade. Em razão disso, é necessária também o que se pode denominar de “coletivização da tutela jurisdicional”, para tentar evitar a proliferação de demandas com o mesmo objeto.

Como o que se tenta agora é novidade entre nós, é extremamente enriquecedor para o aperfeiçoamento do direito nacional que nos aprofundemos nos estudos das denominadas *class actions* americanas e inglesas e nos atentemos para as futuras fundamentações das decisões judiciais – proferidas nesse novo ambiente –, evitando que passem a ser produzidas em meras linhas de montagem.

3.1 A Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais que Adotam ou Não o Precedente Obrigatório

Por opção política a Constituição Federal (art. 93, IX) alçou à condição de princípio a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

Um cidadão, ao buscar no Poder Judiciário a proteção de uma ameaça ou lesão ao direito, deve ter respeitados princípios básicos. Além do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não teria sentido ser proferida uma decisão judicial sem que o julgador tivesse explicado didaticamente como atingiu a conclusão necessária para apontar e determinar o direito correto ao caso concreto, sem margem a subjetivismos. Afinal, se “*Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”²⁸, o mínimo que se pode exigir de um julgador é que dê aos jurisdicionados o trilhar lógico de seus argumentos em subsunção à norma legal.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, “*Dell’azione nascente dal contratto preliminare*”, in Riv. Dir. Comm., 1911, e depois in “*Saggi di diritto processuale civile*”, Roma, 1930, 1/110.

O problema é secular e foi objeto de estudo de diversos autores. **PIERO CALAMENDREI** já advertiu:

Mais do que virtuosismos cerebrais da dialéctica, os juízes fiam-se na sua sensibilidade moral e quando são obrigados a encher de argumentos jurídicos as razões das suas sentenças, consideram essa tarefa como um luxo de intelectuais desempregados, visto estarem convencidos que, desde que aquela sua íntima voz da consciência tenha falado, já não são precisos argumentos racionais.²⁹

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, em seu art. 489, trouxe esse princípio constitucional a nível de legislação ordinária e o tratou como bula de remédio a ser seguida como se os juízes fossem neófitos imbuídos de má vontade.

Em nosso entendimento, tratou-se de um remédio excessivo para uma doença que de fato existe.

Note que é de **J.J. CALMON DE PASSOS** a advertência feita aos juízes ao escrever quando do surgimento do instituto da tutela antecipada no Brasil:

Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso país que não cobra responsabilidade de ninguém, ao dizer de magistrados levianos, que fundamentam seus julgados com expressões criminosas como estas: “atendendo a quanto nos autos está fartamente provado...”, à robusta prova dos autos, “ao que disseram as testemunhas...” e outras leviandades dessa natureza que, se fôssemos apurar devidamente, seriam antes de leviandades, prevaricações, crimes, irresponsabilidade e arbítrio, desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, **cusparada na cara dos falsos cidadãos que somos quase todos nós**. Espero que não se tolere antecipações de tutela com fundamentações desse tipo, que fundamentação não é o pronunciamento judicial genérico, impreciso, leviano, impertinente, falseador da verdade dos autos. Inexiste prova inequívoca sem fundamentação inequívoca.³⁰

E nada disso – imposição de balizamentos legais ao ato de decidir – é incompatível com o princípio do livre convencimento motivado.

Liberdade para motivar uma decisão não é desordem, anarquia ou imposição de conceitos pessoais estranhos ao sistema jurídico posto, construído num determinado momento histórico de uma sociedade organizada.

²⁹ CALAMANDREI, Piero, *Elogio Dei Giudici Scritto Da Um Avvocato*. 7ª Edição, Livraria Clássica Editora, Lisboa Codex, 1985, p. 146/167.

³⁰ Inovações no Código de Processo Civil, 2ª edição, 1.995, Ed. Forense, p. 15.

Afinal, como muito bem lecionado por **GAJARDONI**:

O fato de haver no Novo CPC regra expressa estabelecendo o dever de respeito aos precedentes (art. 927 do CPC/2015) também não impacta no livre convencimento. Além de a disposição não trazer nada de muito novo - visto que o Judiciário é um poder verticalizado, em que as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores (vide arts. 103A da CF e arts. 543-A e 543-C, do CPC/1973) -, a novel regra é de interpretação da lei, não de valoração da prova (que continua sendo Livre).³¹

A adoção do sistema de precedentes judiciais obrigatórios a nível de lei ordinária não altera isso.

Ainda que para segui-lo, sempre o julgador deverá justificar exaustivamente os motivos que o levaram a aplicar um determinado precedente no julgamento de um caso concreto. E mais ainda para distingui-lo.

Basta notar quão professoral é o texto do art. 489, do novo CPC, que baixa à minúcia de definir no § 1º o que deve conter uma decisão judicial para que ela não seja considerada “fundamentada”. Mais do que nunca, a motivação deverá ser exaustiva, a fim de permitir o que **CRUZ E TUCCI** chama de “controle crítico da sentença, possibilitando o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos do julgado”³².

Portanto, é bom que se estabeleça desde o princípio do novo sistema, como um mantra e ser sempre entoado: os precedentes obrigatórios não poderão ser o campo fértil de atuação para juízes preguiçeiros que passam a vida como meros repetidores de jurisprudência majoritária.

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, O Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC – in <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc> – acesso em 17/06/2016, às 16h00.

³² **CRUZ E TUCCI**, José Roberto. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. RePro 56/223, *apud* Comentários ao Código de Processo Civil. Nery Jr., Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade, 2015, Ed. RT, p. 1153.

4 TEMPO E JUSTIÇA – TEMPO E DIREITO – RAPIDEZ E PRESSA

Morosidade! Esse é o problema.

A relação entre tempo, processo, Direito e justiça sempre pautou discussões sobre a efetividade processual. A *mora iudicis* é apenas uma faceta da sensação de que a engrenagem judicial não funciona corretamente.

O problema não é exclusividade nosso, conquanto entre nós a situação beire à uma patologia com septicemia.

Em palestra proferida na Universidade de Michigan (1970), **CAPPELLETTI** tratou da questão na Itália e comparou a presteza daquela justiça a um relógio quebrado, que deveria ser “*hit and shaken*”³³ para continuar em movimento.

Antes dele, ainda na Itália, **CALAMANDREI** já pontuava:

Desde os tempos de Justiniano, quando se concebiam os meios processuais para impedir que os litígios se tornassem *poene immortales*, o processo era imaginado como um organismo vivo, que nasce, cresce e, por fim, se extingue por morte natural com o julgado.³⁴

Entre nós, a observação metafórica de **CRUZ E TUCCI** é absolutamente pertinente, *in verbis*, “Verifica-se, efetivamente, que em um número considerável de processos à espera do julgamento assemelha-se à expectativa, para alguns crentes, da chegada do Messias”.³⁵

É numa nova tentativa de minimizar o problema que chegam ao nosso ordenamento os precedentes judiciais obrigatórios tal como posto no novo CPC.

De anotar, entretanto, como se verá nas conclusões infra, que mais uma vez o legislador busca atacar a doença com a medicação errada e em dosagem inadequada.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. *Aspetti sociali e politici della procedura civile, in Giustizia e società*, Milano, Comunità, 1977, p. 48. Em tradução livre: batido e sacudido.

³⁴ CALAMANDEI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 159

³⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, 1997, Ed. RT, p. 15.

4.1 Efetividade Processual às Aversas

NEIL DUXBURY³⁶ leciona com propriedade:

A precedent is a past event - in law the event is nearly always a decision - which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all. Understanding precedent therefore requires an explanation of how past events and present actions come to be connected. We often see a connection between past events and present actions, and regard the former as providing guidance for the latter, when they are alike. ³⁷

A certa altura de sua obra indaga³⁸:

Why does English law have a doctrine of precedent? Answering this question by pointing to the virtues associated with stare decisis does not get us very far. The argument that precedent following became accepted judicial practice because lawyers and litigants value the benefits that it brings – benefits such as consistency of treatment, legal certainty and efficiency in decision-making – raises yet more troublesome questions. ³⁹

Pois bem.

Não é trabalhoso perceber, diante das definições acima, que a inclusão do sistema de precedentes judiciais obrigatórios no novo CPC, partiu de premissas que destoam de nossa realidade.

Além da intenção, quase nada do nosso recém-criado sistema processual de precedentes judiciais obrigatórios se aproxima do modelo alienígena.

O cotejo de premissas simples já fulmina qualquer argumento contrário.

³⁶ DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p.1.

³⁷ Em tradução livre: Um precedente é um evento prévio - na lei um evento é quase sempre uma decisão - que serve como um guia para o caso atual. Nem todos os eventos passados são precedentes. Muito do que fizemos no passado rapidamente desvanece rumo a insignificância (ou, é melhor esquecida) e não exerce o mínimo de influência na ação futura. O entendimento do precedente exige, portanto, uma explicação de como os eventos passados e as ações presentes são considerados ligados. Frequentemente vemos uma conexão entre eventos passados e ações presentes, e consideramos o primeiro como fornecendo orientação sobre o derradeiro, quando são semelhantes.

³⁸ Ob cit., p. 35/36.

³⁹ Em tradução livre: Por que a lei inglesa tem uma doutrina de precedente? Responder essa pergunta apontando as virtudes associadas com *stare decisis* não nos ajudará em muito. O argumento que seguir precedentes têm se tornado uma prática judiciária aceitável porque advogados e litigantes valorizam os benefícios que ela traz -- tais benefícios como, consistência de tratamento, certeza judicial, e eficiência na formação de decisões -- levanta questões ainda mais incômodos.

Se atentarmos para as lições de **NEIL ANDREWS**⁴⁰ poderemos observar que o sistema da *Common Law* inglês busca alcançar objetivos bem definidos, através de premissas muito bem assentadas, senão vejamos:

1º Na Inglaterra não há “carreira judicial”. Os juízes são nomeados pela Comissão Judicial de Nomeações, dentre os *solicitors*⁴¹ praticantes e *barristers*⁴². (p. 36/37); **2º** Os advogados ingleses devem ter um diploma universitário, não necessariamente do curso de Direito (quase a metade dos advogados recrutados pelas grandes empresas de Londres não são diplomados na área). Se uma pessoa pretende se qualificar como *solicitor*, é necessário obter licenciatura e passar nos exames das seguintes disciplinas: Direito Constitucional e Administrativo, Direito Contratual, Direito Criminal, *Trusts* e *Quity*, Lei dos Delitos Cíveis e Direito da União Europeia. Essas matérias são requisitos do diploma de Direito. No caso de profissionais de graduação em outra área, essas sete disciplinas podem ser cursadas como pós-graduação em certas instituições reconhecidas. A qualificação do advogado requer mais dois anos sob um “contrato de treinamento. (p. 38/39); **3º** As Civil Procedural Rules (CPR – o Código de Processo Civil inglês), que entraram em vigor em 26 de abril de 1999, identificaram cinco objetivos: **a)** acelerar a justiça civil; **b)** tornar o processo civil mais acessível ao cidadão comum; **c)** simplificar a linguagem do processo civil; **d)** promover uma solução rápida; **e)** tornar os litígios mais eficientes e menos onerosos, evitando excessos e fazendo com que se recorra menos aos expedientes processuais. (p. 41 e 45); **4º** Algo de diferente existente no novo Código é que ele contém uma regra, composta de conceitos abertos, sobre os novos objetivos processuais em geral. O objetivo preponderante é definido nas CPR (1988) 1.1 como segue: **a)** essas regras formam um novo Código com o objetivo preponderante de resoluções justas; **b)** lidar com os casos de forma justa inclui, na medida do possível: b.1: assegurar que as partes estejam em iguais condições de disputa; b.2: economizar despesas; b.3: lidar com o caso de acordo com a proporcionalidade em relação: b.3.1: às quantias envolvidas; b.3.2: à importância do caso; b.3.3: à complexidade das questões; b.3.4: à posição financeira de cada parte; b.4: assegurar que o caso seja tratado de forma rápida e justa; b.5: distribuir de forma equilibrada recursos dos tribunais, levando em conta a necessidade de distribuir recursos em outros casos; **5º** Iniciado o processo, os juízes não precisam ser provocados por uma das partes para exercer seus poderes. As CPR 1.4 (2) estabeleceram uma dúzia de formas de “gestão ativa dos casos”, p. ex. o cumprimento dos prazos, o esforço para manter o foco nos objetivos e a proporcionalidade são a base desse novo “ativismo processual.

Em linhas gerais e de forma bem simplista, esses são fins colimados pelo sistema inglês.

É evidente que em nada se assemelha ao nosso novel sistema.

⁴⁰ ANDREWS, Neil, O Moderno Processo Civil, Ed. RT, 2009. A citação é literal.

⁴¹ Advogado cuja função é a de, fundamentalmente, representar a parte para mover a ação e contestar.

⁴² Advogado que atua fundamentalmente nos tribunais hierarquicamente superiores à primeira instância.

Mas além dessas premissas há outras, históricas e de exercício de interpretação dos cases que destrói comparações.

MICHAEL J. GERHARDT⁴³, em seu magnífico “*The Power of Precedent*”, quando disserta sobre “*the origins weak view of Precedent*”, citando Thomas Lee⁴⁴ e William Blackstone, assenta:

According to Lee, Blackstone conceived of precedent in terms of the ‘declaratory theory’ of law. This theory ‘[held] the the law had a “platonic or ideal existence” before it was ever reduced to a judicial opinion. On this view, any decision deemed inconsistent with this ‘ideal’ need not be overruled but could be simply superseded by a new decision as a ‘reconsidered declaration as a law from the beginning.’⁴⁵

É ainda **MICHAEL J. GERHARDT** quem estabelece o que denomina de “*The Prerequisites of Path Dependency*”⁴⁶ dos precedentes. Vejamos:

2. The Prerequisites of Path Dependency For precedents to impose path dependency, they need to have five properties. **2.1 Path Dependency Requires Permanence:** The first essential element of path dependency is permanence. Permanence refers to a particular judicial decision’s enduring resolution of some disputed constitutional issue(s). Judicial decisions cannot be said to impose path dependency if they do not alter justice’ choices in some enduring way. Permanence requires the closure of questions of constitutional meaning for all time. (...) **2.2 Path Dependency Requires Sequentialism:** The second prerequisite for path dependency is sequentialism. Sequentialism requires the order in which the Court decides cases to influence outcomes. Sequentialism presupposes that what came before has some definitive or measurable effect(s) on what follows. It is, however, impossible to prove sequentialism determines specific outcome. It is pure speculation whether the Court have ruled differently if it were to have decided some cases in a different sequence. (...) **2.3 Path Dependency Requires Consistency:** The Third property for path dependency is consistency. Consistency requires precedents fit logically or coherently into particular lines decisions. It requires that the precedents forget in particular areas os constitutional law are analogous to each other and are based on, employ, similar reasoning. Consistency is an elusive condition. (...) **2.4 Path**

⁴³ GERHARDT, Michael J., *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008, p. 47.

⁴⁴ LEE, Thomas R., *Stare decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, 52 Vand L. Rev. 647 (1999); at 155.

⁴⁵ Em tradução livre: Segundo Lee, Blackstone concebeu precedência em termos da "teoria declaratória" da lei. Esta teoria 'afirmava a lei tinha uma "existência platônica ou ideal" antes de ser reduzida a uma opinião judicial. Sendo assim, de acordo com essa interpretação, qualquer decisão considerada inconsistente com este 'ideal' não precisara ser anulada, mas poderia ser simplesmente substituída por uma nova decisão como uma "declaração revista da lei desde o início".

⁴⁶ O termo “*Path Dependency*” não possui tradução literal para o português. Neste trabalho foi o termo deixado sem tradução, mas considerado como tendo significado de “decisão vinculante” ou “força vinculante”, por ser dentre as opções pesquisadas as que mais se adequam ao sentido pretendido autor, segundo nossa visão.

Dependency Requires Compulsion: The fourth property requires for path dependency is compulsion. Compulsion entails forcing to make some decisions they prefer not to make. Yet, there are many precedents that not appear to have been compelled. (...) 2.5 Path Dependency Requires Predictability: The final property for path dependency is predictability. Path dependency is predicated on the likelihood that past choices make forecasting future ones easier. Predictability requires that the choices the justices make create expectations about the path of constitutional adjudication and that these expectations are largely justified and realized.⁴⁷

Além de boas intenções, nosso novel sistema em nada se assemelha a isso.

Por parte do judiciário inglês há sempre um exercício mental, intelectual e histórico considerado para solução do problema.

O professor **DANIEL W. GRANADO** chama isso de “operação mental” por parte da Câmara dos Lordes.

Em citação de memória de suas aulas – e certamente não precisa como o fez o mestre –, explica: pega-se um caso antigo e passam por uma espécie de peneira. O que passou nessa peneira foi a realidade fática da época do *case* paradigma, ou seja *obiter dictum* (aquilo que é dito para morrer). Em outras palavras, são as argumentações fáticas laterais, que não servem para mais nada, a não ser para aquele

⁴⁷ Ob cit., p. 84 a 91. Em tradução livre:

2. Dos Pré-requisitos da Path Dependency Para que os precedentes imponham path dependency, eles necessitam cinco propriedades. 2.1 Path Dependency requer Permanência: O primeiro elemento essencial à path dependency é a permanência. A permanência se refere a uma resolução duradoura de uma decisão jurídica específica sobre algumas questões constitucionais contestadas. Não se pode afirmar que as decisões judiciais impõem path dependency se não alteram as escolhas da justiça de forma duradoura. A permanência exige a resolução de questões constitucionais para sempre. 2.2 Path Dependency requer Sequencialismo: O segundo pré-requisito para a path dependency é o sequencialismo. O sequencialismo requer que a ordem no qual o tribunal decide casos influencia os resultados. O sequencialíssimo pressupõe que o que veio antes tenha algum efeito (s) mensurável definitivo (s) sobre o que se segue. No entanto, impossível de provar que sequencialismo determina o resultado específico. É pura especulação se o Tribunal decidiu de forma diferente se tivesse decidido alguns casos em sequência diferente. 2.3 Path Dependency requer Consistência: A terceira propriedade para a Path Dependency é consistência. A consistência exige que os precedentes sejam encaixados lógica e coerentemente em linhas de pensamento específicos. Ainda mais, exige que os precedentes ignorem o fato que áreas específicas do direito constitucional são análogas entre si e são baseadas em, ou empregam, raciocínio semelhante. A consistência é uma condição elusiva. 2.4 Path Dependency requer Compulsão: A quarta propriedade necessária para a path dependency é compulsão. A compulsão implica forçar a tomar algumas decisões que eles preferem não fazer. No entanto, existe uma abundância de precedentes que não aparentam ser compelidos. 2.5 Path Dependency requer Previsibilidade: A propriedade final para a path dependency é previsibilidade. A path dependency é predicado na probabilidade de as escolhas passadas facilitarem a previsão de escolhas futuras. A previsibilidade exige que as escolhas feitas pelos juízes da suprema corte criem expectativas sobre o caminho de adjudicação constitucional e que essas expectativas sejam amplamente justificadas e realizadas.

caso concreto e específico. O que sobrou nessa peneira é o núcleo do julgado. É o que a doutrina chama de razão de decidir é a *ratio decidendi*, que servirá de arrimo ao julgamento moderno.

É a sempre completa definição de **DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA**:

Obter dictum (*obter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ('prescindível para o deslinde da controvérsia').

Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz "incidentalmente" ou 'a propósito' ("*by the way*"), mas pode representar um suporte ainda não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.

Normalmente é definido de forma negativa: é *obter dictum* a proposição ou regra jurídica que não compuser a *ratio decidendi*.⁴⁸

Citando Wambier, **AMILCAR ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR** aclara que:

A *ratio decidendi* é a parte efetivamente vinculante da decisão, sendo a 'proposição jurídica, explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão'" (WAMBIER, 2009, p. 131⁴⁹). É o núcleo do precedente que deve ser seguido. A regra (*rule*) é o cerne ou o núcleo do precedente e equivale à *ratio decidendi* (WAMBIER, 2009, p.132).

Quando se refere ao precedente, em verdade está-se referindo à própria *ratio decidendi*. A literatura jurídica dos países do Common Law tem engendrado métodos para determinação da *ratio decidendi* de um caso, como, por exemplo, a Teoria de Wambaught, para o qual 'a *ratio decidendi* é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de outra forma. Cumpre verificar através de um teste se para o Tribunal chegar ao veredicto teve de aplicar essa regra jurídica.⁵⁰

MARINONI escreve sobre a distinção dos termos e significados, destacando que, não obstante sejam coisas distintas estão atrelados. E justifica:

⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 458.

⁴⁹ O autor faz referência ao trabalho "Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common law". Revista de Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 172, p. 121-174, jun/2009.

⁵⁰ CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo, A Contribuição dos Precedentes Judiciais para a efetividade dos Direitos Fundamentais, Vol. 3, Brasília, 2012, Ed. Gazeta Jurídica, p. 155.

Não é difícil perceber a razão pela qual o *common law* sempre se preocupou em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Tal distinção se deve à valorização dos fundamentos da decisão. Peculiar ao *common law*. Como neste sistema importa verificar a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante, há motivo para investigar a fundamentação, separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial.⁵¹

É **DUXBURY**⁵² quem esclarece:

Ratio decidendi can mean either 'reason for the decision' or 'reason for deciding'.³⁷ It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta.⁵³

Portanto, ainda na dicção de **MARINONI**:

“A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra.”⁵⁴

Essa operação mental, após consideradas as regras de premissa acima mencionadas, é que se faz num país de *common law* quando se aplica um precedente judicial. O juiz do segundo caso é que fez toda essa operação mental.

Essa regra é chamada de *rule of law*.

É a partir dessa regra, portanto, que é firmado pelo julgador do caso concreto futuro que se aplica a justiça com base num precedente.

Bem por isso, juízes de países de *common law*, quando aplicam um precedente judicial precisam se utilizar de esforço mental histórico e interpretativo. Precisam estudar o julgado adotado como precedente, passar-lhe nessa “peneira”,

⁵¹ Ob. Cit., p. 167.

⁵² Ob. Cit., p. 67/68.

⁵³ Na Tradução de Marinoni: “*Ratio decidendi*” pode significar tanto ‘razão para a decisão’, como ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico [*judicial reasoning*]. O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*. Ob Cit., p. 161, nota de pé 4.

⁵⁴ Ob cit., p. 161

destacar o que é apenas *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi* e, somente após, aplicar esta no caso concreto, segundo a *rule of law*.

BENJAMIN NATHAN CARDOZO, juiz da Suprema Corte Americana entre 1932 e 1938, também citado por Lenio Streck⁵⁵, assim entendia a vínculo entre o precedente e a prestação jurisdicional:

Atrás dos precedentes se encontram as bases das concepções jurídicas, postulados do pensamento judicial, e ainda mais atrás estão os hábitos de vida, das instituições das sociedades, que são a origem daquelas concepções e que, por um processo de ação recíproca, são, por sua vez, modificados por elas. Não obstante, um sistema altamente desenvolvido como o nosso (common law) já está de tal modo coberto de precedentes, que eles constituem o ponto de partida do trabalho do juiz.

É digna de registro, ainda, a lição de **DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA** sobre o tema em comento:

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. 'A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*).

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis, etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise.

(...)

A decisão judicial é ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo.⁵⁶

No sistema de precedentes obrigatórios brasileiro, para o juiz aplicar um precedente, não é necessário pensar. O precedente já lhe é servido pronto o acabado como comida congelada.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995.

⁵⁶ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, Salvador: Juspodivm, p. 456/457.

Note, apenas a título de exemplo, a Súmula vinculante 25 do STF que determina que “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.*”

O juiz que precisa aplicar essa súmula vinculante necessitará fazer alguma operação mental ou pensar algo para sua aplicação? Obviamente não.

Em outros termos. Os juízes que aplicam precedentes judiciais no Brasil nada precisam formular, pensar ou “peneirar” o caso anterior para dali extrair sua *ratio decidendi*. Os precedentes já vêm prontos. É aplicar a simples redação da súmula, que inclusive tem redação símile à das leis.

Então não é impertinente dizer que aqui os nossos precedentes são feitos para resolver os nossos problemas sazonais de justiça. E nossos problemas são basicamente as ações repetitivas.

Bem se vê, portanto, que essa novidade no NCPC veio com a intenção de resolver o problema das ações repetitivas nos Tribunais.

É diferente de sistemas historicamente de *common law*. Lá adota-se por uma questão de história. Aqui nós firmamos um precedente para resolver nossos problemas de ocasião (hoje, as ações repetitivas).

Por modismo, conveniência doutrinária e boa intenção podemos até denominar nosso novo sistema de “precedentes obrigatórios”; mas compará-los com os dos países historicamente de *common law* parece-nos pecado imperdoável. Ninguém muda de caráter apenas trocando de roupa.

A menção do texto da Súmula Vinculante nº 04 do STF (capítulo 6, item 6.3.3, abaixo) é um modelo exemplar desse nosso desvio de finalidade dos precedentes obrigatórios.

Com base no texto constitucional, criou-se uma regra para resolver um problema de ações repetitivas e criou-se outra regra para justificar a não aplicação da primeira em face das consequências financeiras do entendimento.

Um verdadeiro *patchwork* jurídico.

4.2 Filoneísmo e Misoneísmo no Direito

Volta-se ao tema apenas para melhor justificar o enfrentamento almejado com este trabalho.

Como sempre, ao analisar questão jurídica nova, não basta só olhar, é preciso olhar com olhos de querer ver.

A má vontade com o novo sempre grassou no meio jurídico.

O direito já conhecido e dominado tende a ser considerado melhor. Não por análise científica, mas por comodidade e aversão a ter que apreender e dominar o desconhecido.

Legislação nova iguala neófitos e famosos juristas.

Os termos “filoneísmo”⁵⁷ e “misoneísmo”⁵⁸, levados à seara do direito, dão bem a noção da questão.

Ensinava **KUNG FU TSÉ, K’UNG FU-TZU** em sua obra “O Livro da Sabedoria”, “Danoso é, sem dúvida, cair alguém sob o domínio de novas doutrinas que em tudo lhe sejam estranhas”.⁵⁹

Sobre o tema é insuperável a obra de **MARCO ANTÔNIO SCHEUER DE SOUZA**⁶⁰ que define o misoneísta jurídico:

Veja-se, por acréscimo, além de não buscar criar mais nada, havia o apego ao antigo. Talvez, não só ao antigo, mas, também e o que é pior, ao antiquado. Antigo é aquilo que, por útil, deve ser mantido; antiquado é o que, já sendo inútil ou mesmo prejudicial, precisa ser afastado⁶¹ (...). No misoneísta, a consciência encontra-se adormecida no passado. Seu presente é o ontem: as experiências já vividas, e que merecem vivo respeito e viva consideração, eis que fazem parte daquilo que deve ser permanentemente recordado. Para o misoneísta, ‘recordar é viver’.⁶² (...). Os misoneístas jurídicos são os petrificadores do Direito. Os que, fundada em seu tradicionalismo, não admitem qualquer avanço. Tal qual os antigos embalsamadores egípcios, esmeram-se no esforço de manter um corpo já morto.⁶³

[...]

Eis os embalsamadores da ciência jurídica, que obram no sentido de manter incorruptíveis os cadáveres de direitos já vencidos pela morte natural. São os legisladores quando, no dizer de Pontes de Miranda, como acima vimos,

⁵⁷ Apego excessivo às novidades.

⁵⁸ O Dic. Aurélio define misoneísmo como sendo “aversão a tudo quanto é novo – ideias, costumes, forma de arte, etc., – não por outro motivo bem fundado, mas tão só porque não correspondem ao estabelecido.”

⁵⁹ 3ª ed., Ed. Brasília: Thesaurus, 1975, p. 30.

⁶⁰ O Misoneísmo e o Filoneísmo Jurídicos. Erechim, 1999, Instituto Scheuer de Souza.

⁶¹ Ob. Cit., p. 57.

⁶² Ob. Cit., p. 209.

⁶³ Ob. Cit., p. 216.

discursam... discursam... e discursam... sem, inobstante, alterarem as regras jurídicas sobre as quais pisam e repisam verbalmente. São os doutrinadores quando, por força da inércia, repetem interminavelmente as fórmulas já em desuso. São os juízes que Altavilla denominou de misoneístas. São os operadores do Direito, quando vítimas de um sonambulismo incurável.⁶⁴

Em situação oposta – e não menos prejudicial à isenta análise de novidades jurídicas – os filoneístas são assim definidos pelo autor:

No filoneísta, a consciência encontra-se projetada para o futuro. Seu presente é feito de amanhã. As experiências por viver, obras da imaginação e da ficção acham-se inseridas no contexto de um porvir, de um porvirer, permanentemente produzido idealisticamente. Para o filoneísta, 'navegar é preciso'. Quando voltam os olhos para a sociedade, parecem crer com Júlio Verne, que 'tudo aquilo que um homem é capaz de pensar, outro será capaz de fazer'. Vêem o progresso em tudo. Tudo gira. Tudo muda. São os formuladores das 'Repúblicas', ou das 'Utopias', ou dos 'Leviatãs', ou das 'Novas Atlântidas'. Percebendo que a humanidade se moveu, se move e continuará se movendo, crêem que podem, ou captar, ou dirigir tal processo; crêem que ele, o progresso, se produzira ao sabor das suas paixões ou de seus desejos. Desdenhosos da mesmice, trazem em si o germe dos novismos. Como crianças, partem de um jogo para outro, sem mais que o mero prazer que sentem em jogar. São os partidários inconcebidos do 'tudo é possível ao que crê'. Para eles a sociedade deve ser diferente a cada dia.⁶⁵ (...) Os filoneístas repetirão com Ingenieros: 'Os homens jamais descobriram no passado antídotos eficazes contra os males presentes; as normas velhas já não podem regular as funções da vida nova.'⁶⁶

Bem assim, é de se deixar claro que na análise do tema objeto deste trabalho, buscou-se o meio termo. Se é correto que o passado se mostra inadequado à cumprir exigência jurídicas modernas, não é menos correto que esse passado serve de experiência para o presente. É ainda o mesmo autor que lembra **SÂNKARA**: "Se é verdade que a iniciativa é a gênese de todo o progresso, seria, entretanto, injusto não render homenagem à memória, que se acha na base de todas as inovações"⁶⁷

⁶⁴ Ob. Cit., p. 218.

⁶⁵ Ob. Cit., p. 219 (SIC).

⁶⁶ Ob. Cit., p. 220.

⁶⁷ Ob. Cit., p. 226.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES - DISTINGUISHING – OVERRULING – OVERRIDING

Se de um lado o precedente permite – e busca – perenidade na interpretação do direito, por outro não pode significar perpetuação de entendimentos ou posições jurídicas.

Não por outro motivo o sistema há de implementar e adotar técnicas de mitigação desse – porque não dizer – engessamento. E as técnicas adotadas são aquelas que no direito alienígena já são conhecidas.

5.1 Técnicas de confronto, interpretação e não aplicação

Por definição singela, o *distinguishing* (distinção) ocorre quando o caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal.

No preciso argumento do Dicionário Jurídico ***Black's Law Dictionary***, “*To note a significant factual, procedural, or legal difference in (an earlier case), used to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable*”.⁶⁸

Note o que adverte **FÁBIO RODRIGUES GOMES**⁶⁹ em sua crítica ao novel sistema:

A partir desta abordagem, o jurista afasta-se (restrictive distinguishing) ou aproxima-se (ampliative distinguishing) do caso pretérito, valendo-se de um raciocínio por analogia ou diferenciação. Trata-se de um método flexibilizador do stare decisis, seja porque permite o envolvimento ou mesmo a desvinculação do problema atual em virtude de suas particularidades, seja porque pode ser manuseado pelo tribunal de onde adveio o precedente originário, como também pelas instâncias a ele inferiores. Entretanto, não se deve esquecer de uma ardilosa minudência, capaz de esfacelar a estabilidade do sistema lastreado na vinculação aos precedentes. Falo da inexistência de igualdades absolutas. Ora, por óbvio que nunca os fatos de uma causa serão absolutamente idênticos aos de outra, até mesmo porque os sujeitos serão distintos. Deste modo, uma leitura equivocada (ou mal-intencionada) do significado do distinguishing pode soterrar de vez a vinculação decisória,

⁶⁸ Em tradução Livre: “*verificar significante diferença fática, procedimental ou legal em caso pretérito, capaz de minimizar o efeito da aplicação do precedente ou demonstrar sua inaplicabilidade ao caso*”.

⁶⁹ ***Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu!*** Disponível em: http://www.academia.edu/11337751/Distinguishing_overruling_e_overriding_apertem_os_cintos_o_caso_piloto_sumiu_. Acesso em 08/12/2016 às 16h25.

bastando ao aplicador sublinhar esta ou aquela filigrana para correr a passos largos da solução anterior.

LUIZ GUILHERME MARINONI⁷⁰ leciona:

O *distinguishing* expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não o caso sob julgamento ao precedente. Assim, é necessário delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no *raciocínio* judicial como relevantes ao encontro da decisão. O *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

E completa o autor com a advertência:

Ao realizar o *distinguishing*, o juiz deve atuar com prudência e a partir de critérios. Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm.

Dessa forma, cabe ao advogado da parte derrotada pela decisão monocrática arrimada em precedente demonstrar sua inaplicabilidade, utilizando-se da distinção entre as circunstâncias elementares que deram origem ao precedente e as da lide em questão.

Trata-se de remédio a ser prudentemente utilizado também por julgadores – e antes dos advogados das partes até – para demonstrar que determinada demanda a ser julgada não se enquadra no *standard* previsto no precedente.

A definição de **TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER** no glossário da Obra de **NEIL ANDREWS** (ob. Cit.) é precisa:

É uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela (p. 17/18)

Nem se cogite aqui, por evidente, tratar o sistema de precedentes como túmulo do Direito.

⁷⁰ Ob. Cit., p. 230.

O tempo dirá, mas certamente será hercúlea a batalha para convencer um julgador ou uma Corte de que um determinado caso se enquadra no *distinguishing*.

Se a Súmula e o Precedente não são normas, mas interpretação delas, argumentar um *distinguishing* será fazer a interpretação da interpretação que demandará exercício hermenêutico aos *cases* que deram origem ao enunciado.

A conferir.

5.2 Overruling

Já o *overruling* traduzido ao português se caracteriza por ser uma mudança de regra, uma revogação do precedente, e acontece quando o tribunal, ao julgar um determinado caso concreto, percebe que a sua jurisprudência merece ser revisitada.

É novamente **MARINONI** quem destaca:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do common law exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração ou para a revogação de um precedente. É possível dizer que as proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.⁷¹

É da lavra de **AMILCAR ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR** a explicação:

É possível também que o julgador conclua pela necessidade de alteração ou de evitar a aplicação do precedente num caso concreto. É a chamada renovação, ou *overruling*, quando uma Corte superior revoga um precedente. Quanto mais antigo um precedente, mais difícil é que seja revogado, pois inúmeros negócios jurídicos podem ter sido celebrados sob a égide daquele precedente, surgindo direitos e obrigações dele decorrentes. Todavia, se há 'necessidade de mudança ou porque o juiz (a) considera agora que a norma está errada; ou porque (b) ele considera agora a norma errada, embora ela não estivesse

⁷¹ Ob. Cit., p. 252.

errada quando foi criada, então ocorre o *overruling* (WAMBIER, 2009, p. 127). Não se podem descartar as consequências financeiras e contratuais decorrentes. Deve ser por isso que na Inglaterra o *overruling* é raro. Wambier (Ob. Cit. 2009, p.136) noticia informada em Cross e Haris que, desde 1966, a House of Lords exerceu o seu poder de revogar precedentes em 8 ocasiões, revogando precedentes de 80 anos (Dick) e de somente 01 ano (Shivpuri). Na Inglaterra, há possibilidade de os precedentes serem revogados por Estatutos (lei), quando não haverá retroatividade, assim como ocorre nos países do Civil Law. Já nos estados Unidos, a revogação dos precedentes possui efeitos retroativos, em regra, estabelecendo que a decisão que se revoga terá efeitos sobre as situações que ocorreram antes da decisão que as fixou, abrangendo todas as que estão expostas à mesma *ratio decidendi*. Porém, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e à confiança depositada nos atos do Poder Judiciário, a Suprema Corte recentemente tem revogado precedentes com efeitos *ex nunc*, afetando somente casos futuros. A partir da data da decisão ou outra determinada, é que a decisão passa a surtir efeitos, mesmo sendo declarada a ilegitimidade do precedente. Pode-se dizer que o sistema norte-americano é mais flexível porque há casos em que [...] a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período de tempo, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto (MARINONI, 2011, p. 07).⁷²

Como é cediço – e apenas para dar cores fortes ao argumento com arrimo na clássica doutrina de **MIGUEL REALE** – pela teoria da tridimensionalidade do direito, o fenômeno jurídico decorre de um fato social, recebe inevitavelmente uma carga de valoração humana, antes de tornar-se norma. Assim, “Fato, Valor e Norma” em seus diferentes momentos, mas interligados entre si, explicariam a essência do fenômeno jurídico (Precedente) ser alterado.

Não tardará para que algum sábio evolua a Teoria da Tridimensionalidade do Direito para “Fato, Valor e *Overruling* de Precedente”!

É, portanto, em linguagem simplista, a superação de um precedente vinculante. E deve ser expressa.

Há aqui basicamente duas formas disso acontecer. Uma, óbvia, por alteração do ordenamento jurídico que o fundamentava; outra porque houve uma evolução fática histórica que leva a uma nova subsunção jurídica do Direito aos fatos, operando-se o que se conhece por interpretação constitucional evolutiva, ou mais propriamente, mutação constitucional.

Observa a doutrina alienígena que há duas variações de *overruling*.

⁷² Ob. Cit., p. 162/163.

A primeira é a técnica de sinalização (*signaling*). Nessa hipótese o tribunal antecipa a sua contrariedade com um precedente em vigor por meio de um “julgamento-alerta”.

A segunda é a antecipação, pelas instâncias inferiores, de provável revogação do precedente pela Corte superior que o emitiu (*anticipatory overruling*).

É a verdadeira prática forense de deixar de usar o precedente pelo desgaste do tempo, que o tornou superado.

5.3 Overriding

Quanto ao *overriding*, “ele ocorre quando o tribunal reduz o âmbito da incidência da norma extraída de um precedente, por força da colisão com outra norma mais recente e mais adequada àquela situação concreta.”⁷³

Pode parecer semelhante ao anterior, mas não é.

O próprio **FÁBIO RODRIGUES GOMES** antes citado, adverte:

Para os especialistas, o *overriding* é um elemento deveras complicador, na medida em que silencioso – como a transformação – e invalidador – como o *overruling* –, trazendo em si o pior destes dois mundos para quem se propõe a estudá-lo. Então estamos combinados assim: o caso-piloto sumiu! ⁷⁴

Deveras. As definições sobre o tema permitem vislumbrar futuro sombrio em situações concretas.

Note a doutrina de **MARINONI** sobre o tema:

Outra técnica utilizada nos Estados Unidos é chamada de *overriding*. Essa igualmente não se confunde com *overruling*. Também nada tem a ver com a sinalização e com a *transformation*. Basicamente pela razão de que, mediante o seu uso, não se revoga o precedente (*overruling*), não se anuncia a sua iminente revogação (sinalização) nem se faz a reconstrução do precedente, isto é, não se consideram como fatos relevantes ou materiais aqueles que, no precedente, foram considerados de passagem, atribuindo-se-lhe, diante disso, nova configuração (*transformation*). O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, nesse sentido, de uma revogação

⁷³ Fábio Rodrigues Gomes, texto citado.

⁷⁴ ***Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu!*** Disponível em: http://www.academia.edu/11337751/Distinguishing_overruling_e_overriding_apertem_os_cintos_o_caso-piloto_sumiu_. Acesso em 08/12/2016 às 16h25

parcial. Mas no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a Corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, a sua aproximação é maior em relação ao *distinguishing*. O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com o entendimento posteriormente formado. A distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente. Como explica Eisenberg, em teoria o *overriding* poderia ser visto apenas como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente. Portanto, há nova situação e novo entendimento no plano dos tribunais ou da academia, capaz de não permitir que caso substancialmente idêntico seja tratado da mesma forma. A distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. É por isso que, embora o *overriding* não signifique revogação, o seu resultado, do mesmo modo que aquele a que se chegou com o *overruling*, é incompatível com o precedente. É importante sublinhar que, mediante o *overriding*, realiza-se uma distinção consistente com as razões que inspiram o precedente. Consistente porque, dadas as razões do precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado. De modo que a distinção é consistente com as velhas razões. É esta consistência que justifica a não revogação do precedente. As mesmas razões estão a dar fundamento ao precedente e ao tratamento diferenciado.⁷⁵

A advertência de **LORD REDCLIFFE** pinta com cores vivas a questão.

Dizia um dos mais famosos juízes ingleses do século passado:

O juiz de bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.⁷⁶

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed., Revista, atualizada e ampliada, 2016, p. 245/246.

⁷⁶ The Lawyer and His Times (Opening Address at 150th Anniversary of the Harvard Law School, 1967), em The Viscount Redcliffe, Not in Feather Beds. Some Collected Papers, London, Hamish Hamilton, 1968, p. 265 e segs., *apud* CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici Legislativi?* Sérgio Antonio Fabri Editor, 1993, p. 23.

E é **CAPPELLETTI** quem completa, arrimado exatamente na lição de **LORD REDCLIFFE**:

Quase desnecessário notar que essa profunda verdade não se aplica apenas à interpretação dos precedentes: também é válida para a interpretação da lei (ou seja, da "*statutory law*"). De modo mais geral, aplica-se a todo tipo de interpretação que tenha por objeto a linguagem e as palavras. E o poder inovativo do tempo bem pode operar com tal rapidez, que não aguarde a passagem dos séculos para se manifestar!⁷⁷

Com efeito, vislumbrando esse panorama é que se mostra pertinente analisar se nossas cortes superiores estão à altura dessa missão.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro, Ob. Cit., p. 23.

6 A LIBERDADE CONSTITUCIONAL DO JULGADOR NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Trata-se de um dogma que, quando do interesse de algum casuísmo, fazem-se interpretações encomendadas que, assim como a régua lésbica, servem para amoldarem-se a superfícies irregulares.

Disso decorreu que alguns puristas (prefiro o termo irresponsáveis) adotaram a postura de defender que a liberdade constitucional dada ao julgador na decisão de uma determinada questão não possuía qualquer tipo de freio ou balizamento.

6.1 Considerações Gerais

O termo “liberdade constitucional” foi entendido como “unção”. Ou seja, uma vez aprovado num concurso para magistratura, o ungido tornava-se imediatamente dotado de conhecimentos magnânicos de justiça.

Óbvio que não começou com ele, mas entre nós tornou-se uma obrigação repetir como um mantra um dos mandamentos de **COUTURE** que dizia: *Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.*

Não há solenidade de formatura de bacharéis em Direito que não se repita essa máxima, para delírio dos ingênuos presentes que ignoram por completo o que encontrarão pela frente.

Essa afirmação, que à sua época teve certamente sua importância, dada as condições políticas do momento e o ponto de evolução da ciência do direito, fez mais mal do que bem à evolução do Direito.

Afinal, quando, na visão de um julgador – visão individual dele, óbvio –, o Direito entrar em conflito com a Justiça, deverá ele lutar – e aplicar – qual Justiça? A dele?

Bastaria ela, vislumbrado – ou apenas alegando – “conflito do Direito com a Justiça”, ter a liberdade e a falta de balizamentos que permite a equidade?

Portanto, já veio tarde o entendimento de que a liberdade do julgador deve pautar-se pelos balizamentos da engrenagem do sistema jurídico e jurisprudencial.

O julgador é livre, mas não pode – tal como Don Quixote – usar da função para enfrentar imaginários moinhos de vento.

O sistema de precedentes jurisprudenciais obrigatórios no Brasil, não há dúvida, veio também com a quimera de combater isso.

Conquanto – como se verá infra – essa novidade esteja muito longe do que realmente se entende como “precedente”, politicamente não há dúvida que sua introdução no sistema jurídico nacional teve muito a ver com a mal interpretada liberdade constitucional dos juízes.

6.2 O sistema de Precedentes adotado pelo NCPC é natimorto?

O trabalho não permite exercício de adivinhação, mas o empirismo com o sistema judiciário certamente nos deixa céticos quanto ao futuro da badalada novidade.

Em primeiro lugar, não nos é dado ou permitido ser ingênuos quanto à nossa realidade no campo político, legislativo e judiciário. Bem assim, temos obrigação de interpretar os fatos com olhos treinados pela memória.

Com honrosas exceções, é bom que se diga, nossos tribunais atualmente abrigam guerras de vaidades e não é raro que julgadores usem o Judiciário para fazerem biografias individuais. Não dizem isso em público, em Jornadas Jurídicas, Congressos ou palestras. Mas à sorrelfa não há quem o negue.

E esse é apenas um dos elementos que podem embaraçar o que, na teoria, tem princípios norteadores relevantíssimos.

A evidente, nefasta e inconcebível subserviência de alguns órgãos do Poder Judiciário ao Poder Executivo certamente será determinante para futuro do novo sistema de precedentes obrigatórios.

São, na feliz metáfora de **CALAMANDREI**, como líquidos em vasos comunicantes, onde é impossível baixar o nível de um sem baixar o nível do outro.

Portanto, não é natimorto, mas a depender de seu uso, retardará a evolução do Direito e permitirá nefastas manobras para impor entendimentos de interesses dos poderosos de plantão.

Além do que, já é crescente na doutrina a discussão sobre a constitucionalidade dos precedentes trazidos ao ordenamento pela Lei Ordinária (NCPC).

Os que até agora defendem a inconstitucionalidade argumentam que o NCPC, ao tratar do assunto, estaria maculando o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Apenas para contextualizar a discussão, note que o CPC/39 dizia em seu art. 118 que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio”. Indicava, ainda, no parágrafo único da disposição, que o juiz tinha o dever de, na sentença ou despacho, indicar “os *fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento*”

O CPC/73 também caminhou no mesmo sentido e no art. 131 determinou que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”

Todas as referências sobre essa questão foram retiradas do ordenamento processual de 2015.

O sistema de livre convencimento do julgador de fato não existe mais?

Argumentos nos dois sentidos já começaram.

FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI responde à indagação já no título do seu trabalho denominado "O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC."⁷⁸

O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para

⁷⁸ **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC.** Disponível: <http://jota.info/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em 10/02/2017 às 09h34.

combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais.

LÊNIO STRECK no trabalho “Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC”⁷⁹ é de opinião contrária, senão vejamos:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que-o-juiz-teria-o-poder-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual. Neste ponto, viva o novo CPC! (...). Todos sabem de minha luta cotidiana contra o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova. Denuncio isso há décadas. Na versão original do NCPC lá estava encravado o LCM (livre convencimento motivado). Dizia eu, então, que de nada adianta exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 389) se, por exemplo, ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo” que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dar-se-ia com uma mão e se tiraria com a outra (...). Pois bem. Depois de muita discussão, o relator do Projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do LC. Considero isso uma conquista hermenêutica (...). Portanto, todas as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. Assim, se alguém quiser invocar a tese de que “mesmo sem constar no NCPC, o juiz tem, sim, LC”, invoco eu uma coisa prosaica, que se aprende no primeiro ano até mesmo na Faculdade do Balão Mágico: a da interpretação histórica.

É digno de registro o argumento ofertado por **NELSON NERY JUNIOR** e **ROSA MARIA DE ANDRADE NERY**⁸⁰ nessa seara. A lição parte de algumas premissas.

A primeira de que (2015, p. 1.836):

Não há necessidade de o CPC determinar aos juízes e tribunais que cumpram a Constituição e as leis. A Constituição é a *lex legum* e como lei das leis deve ser respeitada e aplicada por todos. Da mesma forma, a lei vincula e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF 5.11 II). Juízes e tribunais estão obrigados, portanto, a cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do País.

⁷⁹ **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. acesso em 10/02/2017 às 09h42

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC, 2015, São Paulo, Editora RT. Comentários ao artigo 927.

A segunda passa pela história e evolução dessa celeuma, desde chamada “escola da exegese”, representada pela expressão “*Le juge n’est pas la bouche de la loi*”⁸¹, passando pela “teoria da interpretação, desde a absolutamente oposta escola do direito livre (Hermann Ulrich Kantorowicz) - o juiz é livre para julgar, não se vinculando apenas ao direito positivo, mas também às demandas da sociedade, podendo, inclusive, decidir *contra Constitutionem e contra legem*” pela “escola da evolução histórica”, Escola da livre investigação do direito”, “teoria objetivista da interpretação”, “jurisprudência dos interesses”, “jurisprudência dos valores”, entre outros, até chegarmos no ativismo judicial do common law.

Cotejando as duas premissas, concluem os autores em comento, dessa forma que “saímos, portanto, do perigo e da inconveniência do “juiz boca da lei”, para ingressarmos no incógnito juiz boca dos tribunais. Assim como o juiz não é a boca da lei, pois a interpreta, analisa os fins sociais a que ela se destina para aplicá-la ao caso concreto, culminando com a sentença de mérito que é a norma jurídica que faz lei entre as partes, o juiz também não é a boca dos tribunais, pois deve aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (CF 102 § 2º e 103-A; CPC 927 I e II), e, nas demais situações (CPC 927, III a V), aplicar *livremente* os preceitos abstratos e gerais (leis, lato sensu) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal.”

E exatamente em face desses argumentos históricos e lógicos, que os autores defendem a inconstitucionalidade do caminho trilhado pelo legislador nessa questão, senão vejamos:

Só existe *hierarquia jurisdicional* do tribunal sobre o juiz no caso de competência recursal, vale dizer, quando o tribunal, qualquer que seja ele, julga matéria de sua competência recursal. Aqui pode o tribunal cassar e reformar a decisão recorrida, em acórdão que vincula e vale apenas para o caso concreto. Nisso reside a hierarquia prevista no sistema constitucional brasileiro. Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar

⁸¹ Em tradução dos autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: *o juiz é a boca da lei*.

eficácia ao CPC 927, III e V é deixar de observar o *due process of law*, o texto e o espírito da Constituição. (p. 1836/7).

Ressaltando que quando o texto normativo (CPC, art. 927, III a V) impõe aos juízes que cumpram os preceitos ali arrolados, estão, em essência, impondo preceitos abstratos e de caráter geral com as mesmas características de lei, ainda concluem:

Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante. O STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional - Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo - a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. (...) O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. (p. 1.837).

Posto isso, ainda arrimam seu entendimento com outro argumento lógico/elementar, difícil de contrariar. Veja:

Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358105), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder. (idem)

Bem assim, a depender da tese adotada, o sistema de precedentes judiciais obrigatórios poderá não ser o canto da sereia que muitos estão ouvindo.

Na nossa opinião, a previsão de existência de precedentes judiciais obrigatórios nem de longe interfere na liberdade de convicção do julgador no exercício da atividade jurisdicional.

Vale aqui a advertência de **CAPPELLETTI**⁸² que leciona:

⁸² CAPELLETTI, Mauro. *Giudici Legislatori?* Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23/24.

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade de intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais. Quanto aos limites processuais, entendo sejam de tal modo essenciais a ponto de envolver a próprio ‘natureza do processo judiciário’ – para usar a fórmula do célebre livro de Benjamim Cardozo.⁸³

Tomemos como exemplo o princípio da liberdade da magistratura (art. 95 da CF).

As três garantias ali mencionadas compõem o princípio da liberdade da magistratura.

Com base nessa liberdade dada ao juiz, se argumenta: como se pode obrigar um juiz a julgar de acordo com uma orientação de um tribunal superior? É, por isso, permitido concluir que o juiz é livre para decidir como quiser?

Parece que não.

Juiz tem liberdade para exercer a magistratura, desde que decida conforme o sistema. Essa é a ideia.

Os precedentes cunhados na Constituição Federal não passaram pela discussão de inconstitucionalidade exatamente por esse motivo: estão na Carta⁸⁴.

Mas o NCPD ao lado desses precedentes judiciais da CF trouxe outros, de caráter vinculante. Notem os seguintes: **IRDR**⁸⁵ (art. 976), o **IAC**⁸⁶ (art. 947).

Ambas decisões, proferidas em IRDR ou IAC, são precedentes judiciais. E se não forem respeitados ficarão sujeitos à reclamação constitucional⁸⁷.

⁸³ CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921 (edição citada por Capelletti é de 17ª, de 1957).

⁸⁴ No Brasil, as decisões judiciais com força vinculante foram introduzidas ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁸⁵ É uma técnica de julgamento que se cria um incidente processual e esse incidente é afetado pelo órgão máximo de um determinado Tribunal, que firmará uma interpretação acerca de um assunto de massa, de ações repetitivas). Eles têm caráter vinculante em função de um dispositivo que está no NCPD (art. 988) que trata da Reclamação Constitucional. Em outras palavras, esse IRDR é de caráter vinculante porque uma vez não respeitado, cabe reclamação constitucional.

⁸⁶ É o incidente parecido com aquela do CPC/73, chamado de uniformização de jurisprudência. Serve para compor divergência interna dentro de um mesmo tribunal ou para julgar questão de relevância no direito, mas que não sejam repetitivas.

Ou seja, o NCPC criou outros tipos de precedentes judiciais que até então não eram previstos na CF.

A sensação de preceito natimorto vem da ideia de que, como temos um sistema de controle difuso de constitucionalidade e ferrenhos defensores da tese de que a Constituição Federal adota o princípio da ampla liberdade dos julgadores, o sistema de precedentes, como estão disciplinados no NCPC (norma infraconstitucional), seria, por isso, inconstitucional.

Não se poderia obrigar um juiz por meio de lei federal e infraconstitucional (NCPC) a adotar um precedente judicial que tenha sido firmado por uma Corte Superior, porque a CF garante liberdade ampla de julgamento⁸⁸ e poderia ele simplesmente alegar inconstitucionalidade do precedente.

Se eventualmente o SFT definir um dia que esses precedentes arrimados no NCPC são de fato inconstitucionais, aí acabou tudo! Toda a ideia do NCPC sobre esse assunto estará fulminada.

Seria de uma realidade Kafkiana todo o ordenamento processual atribuir poder às Cortes Superiores para criarem precedentes obrigatórios que os juízes inferiores não precisassem respeitá-los!

Se estamos procurando motivos para sermos vítimas de chacotas na comunidade jurídica internacional, o palco estaria montado.

6.3 Exemplos Empíricos que Arrimam as Opiniões sobre a Necessidade de Precedentes Obrigatórios em nosso Sistema Jurídico

Quem já não passou pela constrangedora situação de ter que explicar a um jurisdicionado incrédulo que o resultado de sua demanda não foi o mesmo de outros na mesma situação jurídica?

Ou que seu recurso sequer chegou a ser conhecido por causa de uma “decisão padrão” que de seu caso concreto vislumbrou apenas infringência “não direta, mas reflexa” de algum dispositivo legal?

⁸⁷ Ver alteração do NCPC em 2016 sobre alcance das reclamações constitucionais (ver art. 928 e 988 [IV e § 5º, II] antes e depois da alteração do NCPC, lei 13.256 de 4.2.16).

⁸⁸ Obviamente não estamos aqui falando das Súmula Vinculantes, pois o caráter vinculante dessas súmulas se encontra previsto na própria Constituição Federal.

A liberdade constitucional de fundamentar as decisões judiciais chegou a um ponto onde não se exige do sistema jurídico – recomenda-se, mas não se exige – um mínimo de previsibilidade dos entendimentos acerca de questões símileis.

Essa absoluta falta de previsibilidade na atuação do Poder Judiciário sempre foi causadora de inquietações e descrédito.

Ao jurisdicionado pouco importa que milhares de decisões sobre uma questão jurídica foram julgadas de uma forma se a dele – a única que lhe interessa – foi julgada de outra.

As estatísticas frias não lhe prestam para nada.

Como preceituado no art. 926, *caput*, do CPC/15 impõe-se aos tribunais o dever de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

É óbvio – até porque se assim não fosse macular-se-ia todo o novo sistema – que tal determinação aplica-se não apenas aos pronunciamentos com força vinculante. É uma diretriz a ser observada em toda e qualquer atuação de cada Corte.

Isso demanda, evidentemente, seriedade de propósito dos integrantes das Cortes do país.

Sem a pretensão de tomar partido deste ou daquele posicionamento jurídico – que não é a finalidade deste trabalho –, tem por escopo este capítulo apenas demonstrar empiricamente algumas divergências de entendimento jurídico que só corroboram o que foi dito acima e dão campo fértil àqueles que defendem a adoção de precedentes obrigatórios como cura para todos os males jurídicos.

Os exemplos são mencionados em hierarquia de Cortes apenas para dar a noção de que a pouca seriedade na obrigação de manutenção de jurisprudência previsível e estável é generalizada.

6.3.1 Da postura dos membros do STF frente às suas teses derrotadas

Como é de ciência geral, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, o Plenário do STF entendeu, por 7 votos a 4, que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Na ocasião, os 4 votos vencidos foram dos Min. Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

É certo que se tratou de decisão em caso concreto, sem força vinculativa. Mas não é menos certo que expôs o entendimento dominante pela Corte Superior do país sobre o tema.

Num país sério de *common law*, isso bastaria para que os 4 vencidos passassem a respeitar o entendimento vencedor, ainda que lançassem suas ressalvas.

Mas não é o que vem acontecendo.

Por – no nosso entendimento – pura vaidade, continuam os vencidos a proferirem decisões monocráticas contrárias ao entendimento da maioria.

Apenas para ficar num exemplo, no julgamento do HC 135.100 MC/MG, o Min. **CELSO DE MELLO** não seguiu o entendimento majoritário com um entendimento formal. Disse:

Inaplicabilidade, ao caso, do julgamento plenário do HC 126.292/SP: Decisão majoritária (7 votos a 4) proferida em processo de perfil meramente subjetivo, desvestida de eficácia vinculante (cf, art. 102, § 2º, e art. 103-a, “caput”). Precedente que atua como referência paradigmática, e não como pauta vinculante de julgamentos.

Repita-se. Não é o caso aqui de atribuir juízo de valor ao entendimento jurídico lançado pelo STF, mas de constatar que essa postura, doravante, levará advogados a aguardarem o plantão de um dos 4 Ministros com voto vencido para distribuírem seus *habeas corpus*, dando um verdadeiro passa moleque na maioria.

Simple assim.

Embora voto vencedor nessa questão, o Min. **GILMAR MENDES** não possui comportamento discrepante.

Como presidente do TSE, e em decisão individual, garantiu que três prefeitos tomem posse em 2.017 a despeito de terem sido considerados inelegíveis pelo próprio TSE.

Condenados em 2.008, antes, portanto, da Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010 (Lei da Ficha Limpa) esses três prefeitos argumentavam que deveriam ficar inelegíveis por apenas três anos, pois essa era a punição à época das condenações.

A maioria dos ministros do TSE discordou dessa tese e de forma reiterada a Corte tem entendido que o prazo a ser aplicado deve ser de oito anos, nos termos da lei acima citada.

Essa discussão está à espera de apreciação pelo STF, mas o certo é que no âmbito do TSE, certa ou errada, a questão é majoritária e contrária ao entendimento do Min. **GILMAR MENDES**.

O Min. **GILMAR MENDES**, entretanto, deu de ombros para o colegiado que preside e, no recesso, proferiu decisão individual contrária à maioria formada.

Veja, portanto, que esse tipo de coisa parece ser um cacoete individual, nefasto para o sistema.

6.3.2 O problema da definição da competência para conhecimento do pedido do dano moral na justiça do trabalho

A Justiça do Trabalho é aquela que se ocupa dos litígios decorrentes da relação entre empregador e empregados, sendo que sua competência é regida pelo artigo 114 da Constituição Federal.

Referido dispositivo sofreu alterações com a Emenda Constitucional 45 de 30/12/2004 que, diante da necessidade de racionalizar a tramitação do processo judicial como um todo, estabeleceu matérias que, por sua própria natureza e fundamentos, passariam a ser apreciadas pela Justiça Obreira.

Dentre estas alterações, temos a inserção do inciso VI ao artigo 114 da Constituição Federal, o qual estabelece que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, “decorrentes da relação de trabalho”.

A dúvida surgida a partir de então era estabelecer que situações jurídicas eram passíveis de se levar à Justiça do Trabalho, a fim de se pleitear reparação por dano moral ou material.

No caso específico das ações por acidente de trabalho, anteriormente à modificação da competência da Justiça Trabalhista, estas eram resolvidas no âmbito da Justiça Comum estadual, uma vez que decorreriam e teriam fundamento no ilícito civil

previsto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro. E isto era pacífico, consoante reiterada jurisprudência do STJ, conforme se infere do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1 - Compete à Justiça Estadual processar e julgar ação objetivando indenização em razão de acidente de trabalho. 2 - Agravo regimental improvido. (AgRg no CC 41.954/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 22/09/2004, DJ 06/10/2004 p. 172).

Tal constatação decorre do fato de o acidente de trabalho estar relacionado à inobservância, seja pelo empregador ou pelo empregado, das normas relativas à medicina e segurança no trabalho, relação esta que foi evidenciada com propriedade por **VALENTIM CARRION**, em citação feita por **ADALBERTO MARTINS**:

A segurança e medicina do trabalho é a denominação que trata da proteção física e mental do homem, com ênfase especial para as modificações que lhe possam advir do seu trabalho profissional. Visa, principalmente, às doenças e aos acidentes do trabalho. (in Manual Didático de Direito do Trabalho, Malheiros Editores, 2003, p. 292).

Como dito acima, não obstante esta demonstração de que o tema relativo a acidente de trabalho tem íntima ligação com a seara trabalhista, os feitos que discutiam os danos daí decorrentes eram resolvidos pela Justiça Comum.

Com a superveniência da EC 45/04, surgiram vários questionamentos sobre a competência suscitados perante os tribunais superiores, tendo decidido o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do CC 7.204, de 29/06/2005⁸⁹, que as ações de indenização por acidente de trabalho eram de competência da Justiça Trabalhista e que as ações em trâmite perante a Justiça Comum, sem sentença proferida até o advento da citada Emenda, deveriam ser remetidas à Justiça do Trabalho.

Veja como esse vai-e-vem de interpretações e entendimentos pode afetar o jurisdicionado num caso concreto (feito nº 801/2002 – 1ª VC de Pres. Venceslau – CNJ 0002735-47.2002.8.26.0483): - sentença em 26/03/2004 em vara cível – DOE:

⁸⁹ 21/09/2005 REPUBLICADO no DJ - RETIFICAÇÃO DA PUBLICAÇÃO NO DJ DE 03.08.2005 (ATA Nº 20, DE 29/06/2005, DO PLENÁRIO) – Acompanhamento Processual – Superior Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp> - acesso em 12/01/2017, às 15h32.

31/03/2004; apelações em 14/04/2004 e 18/06/2004; contrarrazões em 26/10/2004; Distribuição automática das apelações ao TJSP em 03/05/2005; Súmula do Julgamento do TJSP em 30/09/2005: "*não conhecem dos recursos, determinando a remessa dos autos ao E. TRT da 15ª Região, por votação unânime*"; o feito chegou ao TRT/15ª em 19/12/2005 que suscitou conflito negativo de competência, com arrimo na modulação feita no texto do CC 7.204 do STF; feito remetido ao STJ que só definiu a questão em 25/10/2007 através do Conflito de Competência nº 76.060-SP.

Ou seja, entre a sentença de primeiro grau (26/03/2004), proferida ainda antes da EC 45, até a volta ao mesmo TJSP para julgamento depois de solucionado o CC no STJ (17/12/2007) foram 43 meses nesse limbo indefinido pelo entendimento recalcitrante da questão nos tribunais superiores.

Isso é tudo, menos segurança jurídica.

6.3.3 Salário mínimo como base de cálculo de adicional de insalubridade

O artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é de 1º/05/1943, estabelece que "*o exercício de trabalho em condições insalubres assegura a percepção de adicional respectivamente de 40%, 20% e 10% do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo*".

Em sentido contrário, a Constituição Federal, que é de 1988, estabeleceu em seu art. Art. 7º, IV:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (destaque nosso).

A Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal (STF), de 30/04/2008, estabelece que, "*salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*".

Com a edição dessa Súmula, imediatamente deu-se um movimento perante a Justiça do Trabalho pugnando que o tal adicional de insalubridade fosse, então, pago com base na remuneração do empregado.

O Tribunal Superior do Trabalho chegou a dar nova redação à sua Súmula 228, de 26/06/2008, que passou a ter a seguinte dicção, “a partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

A questão está longe de ser pura semântica.

Na época da elaboração deste trabalho o salário mínimo nacional era de R\$ 880,00 (um adicional de insalubridade de nível médio, portanto, corresponderia a R\$ 176,00).

Num hospital que conste com 100 profissionais que recebem essa verba, isso corresponderia a um custo/mês de R\$ 17.600,00, sem considerarmos os encargos.

Se a média salarial desses mesmos 100 empregados for R\$ 2.000,00, o mesmo adicional, se calculado de acordo com o que se almejava nas ações trabalhistas, e com arrimo na Súmula 228 do C. TST, o custo/mês seria de R\$ 40.000,00.

A diferença, novamente sem considerar reflexos e encargos corolários, era de 227,2727%.

A grita foi geral.

Deu-se o quê, então, neste país de imprevistos e casuísmos?

No julgamento de pedido liminar deduzido na Reclamação 6266-DF, o então Presidente do STF, Ministro **GILMAR MENDES**, determinou a suspensão da aplicação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade (...):

Note-se que, no presente caso, o Tribunal Superior do Trabalho, em observância à Súmula Vinculante 4, entendeu que 'a utilização do salário mínimo como indexador do adicional de insalubridade, no caso, apesar de

incompatível com a ordem judicial atual, deve ser mantida até que se edite lei ou norma coletiva superando tal incompatibilidade⁹⁰.

Assim, basta acessar o site oficial do TST, buscar essa Súmula nº 228 que lá estará observado: **SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPENSA POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.**

E estamos como, hoje, sobre esse tema? Do mesmo jeito!

O salário mínimo não pode ser usado como base para cálculo de adicional de insalubridade por força do texto constitucional – há até uma Súmula vinculante do STF que confirma isso – mas, pasme-se, será mantido até que se edite lei ou norma coletiva superando tal incompatibilidade.

Essa foi a solução encontrada porque, como observou a Min. **CÁRMEM LÚCIA** no RE 565714, *“Também não me parece juridicamente plausível estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo.”*

E como acrescentou o Min. **MENEZES DIREITO**⁹¹:

A meu sentir, concordando com a base de interpretação da Ministra Cármen Lúcia, parece mais prudente que nós adotemos a técnica habitual de desprover o recurso extraordinário, mas assegurar, porque estamos julgando a causa, a manutenção do pagamento dos adicionais, como tem sido feito, até que uma legislação especial venha a fixar os critérios de atualização. Porque, se nós não fizermos assim, juntando as duas questões, a proposta da Ministra Cármen Lúcia e a técnica de julgamento do recurso ordinário, vamos, por um lado, criar um sistema de reforma para pior, como disse o Ministro Marco Aurélio, porque vamos dar a possibilidade de interpretação pelo congelamento, ou, ao contrário, vamos admitir que é possível manter a aplicação do adicional de insalubridade sobre a base do salário mínimo.

É um confessado faz-de-conta.

⁹⁰ e-STF, doc. 11, p. 7, Rcl 13860, Relatora Ministra Rosa Weber, Decisão Monocrática, julgamento em 11.3.2014, DJe de 14.3.2014.

⁹¹ RE 565714 – com repercussão geral.

6.3.4 A interpretação sobre possibilidade de purgação da mora em contratos de alienação fiduciária

O exemplo é clássico de divergência frontal entre cortes.

Em decisão monocrática, de 30.04.2009, no Recurso Especial n. 895.568 - SP, o Ministro **SIDNEI BENETI** defendeu a impossibilidade de purgação da mora, em contratos com cláusula de alienação fiduciária, depois da nova redação do artigo 30, parágrafo 20, do DL 911/67, nos seguintes termos:

A orientação desta Corte firmou-se no sentido de que, a partir da edição da Lei 10.931104, não há mais por que falar em purgação da mora, uma vez que, sob o novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor pagar a integralidade do débito remanescente para que o bem lhe seja restituído livre do ônus.

Como indicação de “orientação desta Corte”, a decisão veio com amparo expresso no REsp nº 767.227/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, **com intimação no DJU de 13.2.06.**

Em entendimento diametralmente oposto e em desobediência expressa à “orientação da Corte”, em julho de 2008, a Desembargadora Isabel de Borba Lucas, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, (AC-TJ-RS 70024640203), defendeu posicionamento absolutamente diverso.

Argumentou a magistrada gaúcha:

Entretanto, a meu ver, o direito à purgação da mora subsiste nas ações de busca e apreensão fundadas no Decreto-lei 911169, mesmo após o advento da Lei 10.93112004, porquanto tal faculdade deriva de outras disposições legais relacionadas com os direitos constitucional, obrigacional e de proteção às relações de consumo, as quais devem ser interpretadas de forma sistemática. Ora, o instituto da purgação da mora encontra disciplina no artigo 401, inciso 1, do atual Código Civil Brasileiro, como forma de impedir a resolução do contrato e de manter o vínculo contratual, para tanto bastando que o devedor ofereça a prestação devida e os prejuízos ocorridos até a oferta, como juros de mora e multa porventura pactuados, salvo se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, hipótese em que este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos (Parágrafo único do artigo 395 do CCB). Na hipótese, em que se está diante de contrato de alienação fiduciária em garantia, parece-me evidente que a exceção do parágrafo único do artigo 395 do CCB, a qual permite ao credor enjeitar a prestação, não se faz presente, na medida em que o pagamento, ainda que com atraso, sempre será mais útil ao credor do que a recuperação do bem objeto da garantia fiduciária. Se não bastasse, estando-se

diante de relação nitidamente de consumo, a purgação da mora é de ser autorizada ainda com mais razão. Isso porque, nos contratos considerados de adesão, a cláusula resolutória expressa é admitida apenas se a escolha couber ao consumidor (artigo 54, parágrafo 20, do Código do Consumidor). E mesmo que tal disposição protetiva pareça em conflito com a recente regra do parágrafo 20 do artigo 30 do Decreto-lei 911169, com a redação da Lei 10.93112004, essa antinomia evidentemente se resolve pela prevalência da regra protetiva em detrimento da lei especial, porquanto aquela está sustentada em princípios maiores que se sobrepõem à regra da especialidade, inclusive com status de norma constitucional, como garantia individual prevista no artigo 51, inciso XXXII, da Lei Maior. Nessa linha de raciocínio, se a manutenção do vínculo contratual, mediante a purga da mora, se mostrar mais interessante ao consumidor do que a ruptura do contrato, tal direito é de lhe ser assegurado. Até porque, admitindo-se, de forma incondicional, a cláusula resolutória expressa e o vencimento antecipado da dívida, estar-se-ia praticamente impondo ao consumidor a resolução do contrato, com a perda do bem e dos valores pagos, em manifesta desconsideração aos princípios insertos no Código do Consumidor, segundo os quais são abusivas as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou se revelem incompatíveis com a equidade ou a boa-fé. Ora, exigir-se do consumidor o pagamento integral do débito considerado antecipadamente vencido na sua integralidade, sem direito à purga da mora, como única forma de impedir a perda do bem, caracteriza manifesta violação ao devido processo legal, ao direito de acesso à Justiça e aos direitos do consumidor, cumprindo ao Magistrado impedir tais violações mediante interpretação condizente com os ideais de equidade, moderação e proporcionalidade, pois o Juiz não é servo da lei. E (...) Portanto, ainda que o legislador da Lei 10.931/2004 tenha previsto apenas a possibilidade de pagamento integral da dívida conforme valores apresentados pelo credor (para a conseqüente extinção do ônus fiduciário, sob pena de consolidação automática da posse e propriedade do bem nas mãos do credor, prestigiando, dessa forma, a agilização da venda dos bens retomados em ações de busca e apreensão e a conseqüente redução das frotas ociosas e em deterioração de veículos apreendidos pelas instituições financeiras) não me parece correta a aplicação pura e simples dessa regra especial, sem o seu confronto e interpretação sistemática com os princípios constitucionais, de direito obrigacional e de proteção ao consumidor. Mormente porque ao Juiz cumpre interpretar e aplicar de forma integrada as normas legais vigentes, assegurando a ampla defesa, do contraditório e o devido processo legal. (...). Ora, purgar a mora ou complementá-la significa elidir o atraso. Disso obviamente não cuida o parágrafo 20 do artigo 31 do Decreto-lei 911/69, com a redação da Lei 10.931/2004, pois tal dispositivo contempla a quitação da totalidade da dívida, o que não é purgar a mora, mas quitar o contrato. (...) Ademais, diante do adimplemento substancial da dívida, porquanto restavam inadimplidas apenas seis parcelas do total de 36, a medida liminar sequer deveria ter sido concedida.

Para não dizer que pouca divergência é bobagem, lembre-se ainda que na década de 70 o próprio STF já havia se posicionado de acordo com o entendimento do TJRS (RE 79963/SP – Rel. Min. Xavier de Albuquerque – Julgamento 25/11/1974 – 2ª T.).

6.3.5 Decisões contraditórias da mesma câmara julgadora e do mesmo julgador

As disparidades entre interpretações e contradições de entendimentos entre julgadores não raras vezes ocorre dentro de uma mesma câmara julgadora e – pasme-se –, pelo mesmo julgador, estando a demonstrar no mínimo a falta de cuidado na conferência do trabalho de assessores (para dizer o mínimo).

O cotejo é feito entre dois acórdãos proferidos pela 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP, **ambos de relatoria da Des. MARIA LÚCIA PIZZOTTI**⁹².

A hipótese fática é simples: ação aforada em face de empresa de prestação de serviços funerários que procedera a reajuste indevido de mensalidade, com pedido de devolução em dobro e danos morais.

No primeiro julgamento (APELAÇÃO Nº 1001735-41.2015.8.26.0482 - VOTO nº 15370), o resultado foi, no que interessa:

REPETIÇÃO DO INDÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS E DE HOMENAGENS PÓSTUMAS REAJUSTE INDEVIDO DE MENSALIDADES PRAZO PRESCRICIONAL RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO RESTITUIÇÃO EM DOBRO DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. (...) **Dano moral não caracterizado** vez que a cobrança a maior decorreu tão somente da simples divergência quanto ao índice de reajuste das prestações de plano funerário, mas não em relação ao montante principal, **configurando mero contratempo**. (Grifo nosso).

Consta desse acórdão como fundamento da decisão:

Quanto aos danos morais, estes não ocorreram, vez que apesar da autora ter sido cobrada indevidamente por valor a maior pelo período de 2008 a 2013, houve simples divergência quanto ao índice de reajuste das prestações de plano funerário, inexistindo, entretanto, qualquer vício em relação ao montante principal. Referida situação, por óbvio, não tem o condão de gerar danos na seara moral, pois se trata de fato que se insere dentre os contratemplos corriqueiros da vida, não exigindo, salvo situação extraordinária, a imposição de indenização para reparação moral. Neste contexto, não se pode olvidar que a demanda em análise não demonstra qualquer excepcionalidade, mormente quando a cobrança em comento não expôs a consumidora à situação vexatória ou humilhante, tal como ocorre nos casos de protesto e negativação indevidos.

⁹² APELAÇÃO Nº 1001735-41.2015.8.26.0482 - VOTO nº 15370 em 29/06/2016 e APELAÇÃO Nº 1002314-86.2015.8.26.0482 - VOTO nº 16637, em 26/10/2016.

No segundo julgamento (APELAÇÃO Nº 1002314-86.2015.8.26.0482 - VOTO 16637) – **repita-se, de relatoria da mesma julgadora, com a mesma empresa ré, em ação com a mesma causa de pedir e pedido –**, o resultado foi:

AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS E DE HOMENAGENS PÓSTUMAS REAJUSTE INDEVIDO DE MENSALIDADES RESTITUIÇÃO EM DOBRO ART. 42 do CDC PRESCRIÇÃO DECENAL DANO MORAL. 1 Ação declaratória e indenizatória - Contrato de prestação de serviços funerários e de homenagens póstumas Reajuste indevido de mensalidades - Reconhecimento jurídico do pedido - Pretensão sujeita ao prazo decenal inadimplência contratual - **Dano moral caracterização.** (Grifo nosso).

Desse segundo acórdão, destaca-se:

Ilidível que são devidos os danos morais. Não pode ser taxado de mero aborrecimento. o fato do autor, por sessenta meses, ser cobrado por quantia a maior, indevidamente. Soma-se a isso, a necessidade de propositura de uma ação, para ser restituído do valor reconhecidamente cobrado a maior. Assim, fixo a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Referido valor deverá ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desta data (S. 362, do STJ), com juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. De plano, deve ser destacado que foi ultrapassado o tempo em que dano moral equivalia, exclusivamente, à dor, ao sofrimento ou à angústia da vítima em razão da ofensa. Os mais renomados estudiosos da responsabilidade civil modernamente conceituam o dano moral de maneira bastante clara e objetiva: trata-se de ofensa aos direitos da personalidade e, em sentido mais amplo, à própria dignidade da pessoa humana. A consequência, os efeitos de mencionada ofensa podem, estes sim, ser constituídos pela dor, sofrimento ou vexame causado. (Grifo nosso).

É de se indagar: será que os mais renomados estudiosos da responsabilidade civil que modernamente conceituam o dano moral de maneira bastante clara e objetiva já não assim o conceituavam dois meses antes, em 29/06/2016, quando da prolação do primeiro julgamento pela mesma Desembargadora?

O relaxo intelectual, só para ficar nessa hipótese fática, não para por aí.

É tragicômico, mas os dois julgamentos acima mencionados – tanto o que deferiu como o que indeferiu o pedido de danos morais – foram unânimes e deles participaram, além da Des. Relatora, os Des. LINO MACHADO e CARLOS RUSSO.

Nenhum dos três julgadores foi capaz de manter-se fiel a uma subsunção da norma!⁹³

E a postura contraditória deles não se restringiu à participação em julgamento como meros componentes da Câmara.

Em março de 2016, **como relator**, por ocasião do julgamento da Apelação nº 1001117-96.2015.8.26.0482 o mesmo Des. LINO MACHADO, em demanda idêntica, que envolveu a mesma empresa/ré, com a mesma causa de pedir e pedido, concluiu:

EMENTA: Prestação de serviços funerários e homenagens póstumas – Ação de repetição de indébito pelo dobro, com pleito cumulado de indenização por danos morais – Demanda de consumidor em face de empresa prestadora – Sentença de parcial procedência para declarar que o índice de reajuste anual das prestações é o IGPM-M do mês de janeiro de cada ano, bem como condenar a ré a restituir os valores cobrados a maior em decorrência da não aplicação desse indexador, nos 3 últimos anos anteriores à propositura – Recurso do autor – Manutenção do julgado – Necessidade – Prescrição trienal do art. 206, §3º, IV, do CC/2002, e não a quinquenal do art. 27 do CDC – Causa de pedir vinculada a enriquecimento ilícito e não a eventual vício ou defeito na prestação dos serviços – Restituição em dobro de quantias – Descabimento – **Singelo equívoco na adoção de índice de reajuste que não configura má-fé da credora – Dano moral – Inexistência, na hipótese...** Descumprimento de cláusula contratual que não induz, automaticamente, à configuração de prejuízo de ordem moral.

Não ocorreu diferente com o Des. CARLOS RUSSO.

Em maio de 2016, **também como relator**, por ocasião do julgamento da Apelação nº 1000598-24.2015.8.26.0482 o mesmo Des. CARLOS RUSSO, em demanda idêntica, que envolveu a mesma empresa/ré, com a mesma causa de pedir e pedido, concluiu:

EMENTA: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS. Demanda de consumidor. Suposto ilícito perpetrado por empresa, contratada, em longo período de cobranças indevidas, a instituir reajustes manifestamente abusivos. Abordagem condenatória (reembolso de valores **e reparação por dano moral**). Juízo de parcial procedência. Apelo do autor. Provimento. (Grifo nosso).

É nesse ambiente que o sistema de precedentes obrigatórios quer se instalar no país.

⁹³ Apenas para definição singela: Como definição jurídica, configura-se a subsunção quando o caso concreto se enquadra à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo).

7 CONCLUSÃO

Nossas Cortes superiores estão à altura dessa tarefa?

A resposta parece ser óbvia que não.

Quando percebemos que muitos tribunais são compostos por ilhas de vaidades e por membros mais acostumados a ter seus nomes citados em manchetes policiais do que repositórios de jurisprudência, nos vem à mente, ao buscar o judiciário, a sensação de **DANTE** quando, conduzido por Virgílio, adentra o átrio do inferno e lê sobre o portal: ***Dinanzi a me non fuor cose create se non etterne, e lo eterna duro. Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate***⁹⁴

Sempre que nos deparamos com novidades judiciais dessa envergadura exsurge a inesquecível lição de **COUTURE** quando, já em 1949, durante uma palestra na Faculdade de Direito de Paris, advertia:

*La Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América, em uma de sus máximas lapidarias, há dicho que 'la Constitución es lo que los jueces dicen que es'. Esta máxima contiene el exceso de todas las teorías voluntaristas del derecho; pero no se le puede negar su profundo contenido de realidade vital. Y si esto es así, si el derecho es 'lo que los jueces dicen que es', ¿como podemos desentendernos del juez como elemento necessário em la creación y producción del derecho? ¿Cómo podremos desprender da decisión del juz de sus debilidades como hombre? El derecho puede crear um sistema perfecto em cuanto a su justicia; pero si ese sistema há de ser aplicado em última instancia por hombres, el derecho valdrá lo que valgan esos hombres. El juez es uma partícula de sustância humana que vive y se mueve dentro del derecho; y si esta partícula de sustância humana tiene digniad y jerarquia espiritual, el derecho tendrá dignidade y jerarquia espiritual. Pero si el juz, como hombre, cede ante sus debilidades, el derecho decerá em su última y definitiva revelación. Uno de los grandes dramas del nacionalsocialismo fué el de haber creado toda uma doutrina autoritária del derecho y haber hecho del juez el 'Führer' del preceso. Y lo menos que dijo la experiência jurídica fué que esa concepción era trágica. No ya porque el sistema pudiera ser manejado por los hombres, sino porque los hombres eran manejados por el sistema. De la dignidade del juez depende la dignidade del derecho. El derecho valdrá, em um país y em um momento histórico determinados, lo que valgan los jueces como hombres. El día em que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo.*⁹⁵

⁹⁴ *La Divina Commedia, Inferno*, Editora 34, São Paulo, 2ª Edição, 2010, Canto III, p. 37. Em tradução livre: **Antes de mim não foi criado mais nada senão eterno, e eterna eu duro. Deixai toda esperança, ó vós que entráis.**

⁹⁵ COUTURE, Eduardo Juan, *Introducción al Estudio Del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediciones Delpalma, 2ª edición, 1988, p. 75/76.

E como, ao que parece, a atividade de escolha de temas que receberão interpretação judicial com o fito de formulação de precedentes obrigatórios será criadora de direito⁹⁶, parece-nos preocupante essa operação exegética do pensamento colimado pelo colegiado. Afinal, é cediço que “*as palavras têm significações imprecisas e ondulantes*”⁹⁷.

E, como diz o adágio: *Roma locuta est, Causa finita est*⁹⁸.

Se essa atividade típica do *Common Law* é inserida num sistema de *Civil Law*, criando-se um terceiro sistema, híbrido, muita atenção se deve dar aos séculos de evolução do direito alienígena sobre o tema.

É adequado ter como premissa para o estudo, portanto, que os julgamentos em Cortes Superiores de países do *Common Law* não são proferidos para serem precedentes. Eles são precedentes por tradição. É o respeito que uma determinada decisão recebe nas instâncias inferiores que o transforma em precedente.

Assim, quando se firma uma orientação nas Cortes Superiores nesses países, não se pensa em sua aplicação em casos futuros.

A orientação é criada para solução de um único caso concreto. Se esse julgado será respeitado em casos futuros, isso só o tempo dirá.

Aqui no Brasil, diferentemente, quando o STF formula um precedente judicial – veja que situação diversa –, não o faz pensando na solução de um caso concreto, mas sim para que o entendimento (precedente) passe a ser aplicado obrigatoriamente em casos futuros.

Em outras palavras, aqui no Brasil o nosso sistema de precedentes estabelece que o seu único objetivo é que o entendimento seja aplicado em casos vindouros.

Essa é uma diferença evidente se pensarmos sob o ponto de vista finalístico do sistema.

E o que é pior: esse escopo/comportamento não é o problema, mas apenas o sintoma.

⁹⁶ E nesse particular comungamos com as definições de COUTURE in “Interpetações das Leis Processuais”, São Paulo, Ed. Forense, 4ª edição, 1997, fls. 23.

⁹⁷ A figura de linguagem é do mestre uruguaio, in Ob. Cit., p. 5.

⁹⁸ Roma falou, a causa está encerrada.

Mas há outra grande diferença, e daí vem a letra do art. 926 do NCPC, que se refere ao respeito ao precedente judicial.

Em países historicamente de *Common Law* não há uma única menção constitucional ou lei infraconstitucional dizendo que um juiz de primeiro grau deve seguir um precedente.

Estes o fazem por respeito ao sistema e às decisões proferidas pelas Cortes Superiores. É tradição apenas.

Aqui no Brasil para fazermos com que os juízes de instâncias inferiores passassem a respeitar as decisões pelas Cortes Superiores tivemos que mudar a Constituição Federal.

Os primeiros precedentes vinculantes no Brasil são aqueles cunhados na própria Constituição Federal. Foram as decisões proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade. (ADIN, ADPF, etc.), conforme art. 102, § 2º da Carta que normatiza: “*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

E essa alteração constitucional só veio à baila pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004.

Portanto, no nosso sistema tupiniquim de precedente, para fazer com que juízes de grau inferior respeitem decisões das mais altas Cortes de Justiça tivemos necessidade de alterar a Constituição Federal.

E ainda criaram uma penalidade aos rebeldes convenientemente chamada de “reclamação”.

Embora apenas *en passant*, é necessário pontuar que temos também um problema de perenidade e respeito a precedentes.

Em matéria processual, p. ex., a divergência de interpretação de normas e procedimentos é absoluta. Há tribunais que constantemente divergem entre suas próprias turmas e das Cortes Superiores. São extremamente recalcitrantes em aplicar o direito sedimentado por órgãos superiores.

Certamente sentem-se estimulados a isso porque até entre Turmas diferentes do STJ há o mesmo tipo de problema.

Apenas a título de ilustração e demonstração que o afã de copiar açodadamente princípios e remédios do *Common Law* leva o legislador brasileiro a criar “normas jabuticabas” colha-se esse singelo parâmetro como exemplo.

Ensinam **WOODWARD** e **ARMSTRONG**⁹⁹ que normalmente sete etapas são percorridas até que se tome uma decisão em cada caso que a Suprema Corte Americana aceita julgar e que, portanto, será transformada em Precedente Obrigatório. São elas:

1. A decisão de aceitar o caso exige que a Corte manifeste sua jurisdição deferindo um *certiorari*¹⁰⁰. A propósito dos seus procedimentos, os juízes são discretos na escolha dos casos que devem estudar. A cada ano, eles decidem examinar pouco menos de duzentos dos cinco mil casos que são propostos. Pelo menos quatro dos nove juízes precisam votar para que um caso seja examinado. Esses votos são recolhidos numa sessão secreta, assistida apenas pelos juízes, mas a contagem da votação normalmente não é revelada.
2. Uma vez que a Corte tenha concordado em examinar um caso, ele é aberto para a "argumentação oral e escrita" dos advogados de ambas as partes. A argumentação escrita, que constitui os chamados arrazoados, é registrada na Corte e fica à disposição do público. A sustentação oral é apresentada aos juízes publicamente no salão do tribunal; em geral cada parte dispõe de meia hora, e grande parte do tempo é para responder, em debates, aos juízes.
3. Poucos dias depois da sustentação oral, os juízes discutem o caso numa sessão fechada chamada "conferência". Há uma discussão preliminar e um voto inicial é tomado. Como todas as cortes de apelação, a Suprema Corte limita-se aos fatos já extraídos de testemunhos e de informações apresentados ao julgamento do tribunal inferior. A Suprema Corte pode reinterpretar as leis, a Constituição dos EUA, e casos precedentes. Com base nisso, as decisões dos tribunais inferiores são confirmadas ou modificadas. Como naquela reunião em que decidem quais os casos a examinar, somente os juízes assistem à conferência de caso.
4. O próximo passo - e de fundamental importância - é a escolha de um dos nove juízes para redator da decisão da maioria. Por tradição, o Juiz Presidente, se estiver na maioria inicial, pode indicar a si mesmo ou a outro membro da maioria para redigir a decisão. Quando ele não faz parte dela, cabe ao mais antigo dos juízes integrantes da maioria fazer a indicação.

⁹⁹ WOODWARD, Bob e ARMSTRONG, Scott. *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Saraiva, 1985, p. 02/04.

¹⁰⁰ *Grant cert* no original, de *certiorari*. É o poder avocatório. A Suprema Corte tem ampla discricionariedade para julgar ou não julgar uma causa. De milhões de sentenças anuais de primeira instância e uns 500 mil recursos proferidos pelos tribunais superiores é que saem os números do texto. Como se vê, mesmo os casos selecionados para exame são sumariamente, em sua grande maioria, decididos pela Suprema Corte sem sustentação oral nem sentença, senão com apenas uma de duas palavras: “confirmada” ou “reformada”. Só a extrema minoria de casos é abertamente julgada conforme descreve o item 2, a seguir, no texto.

5. Enquanto um juiz redige a decisão da maioria, outros podem também esboçar uma "divergência" ou um voto concorrente. Podem passar meses antes que estas decisões - maioria, dissensão ou voto concorrente - sejam remetidas, ou circulem entre outros juizes. Em alguns casos, a decisão majoritária é alcançada depois de dúzias de esboços, visto que tanto a sentença quanto a fundamentação podem ser mudadas para atender a outros membros de uma maioria potencial ou para conseguir a adesão de juizes indecisos. À medida que os juizes leem as várias versões, podem mudar de opinião e alterar seus votos. Em algumas ocasiões, o que inicialmente parecia constituir a maioria desaparece e um voto discordante colhe suficientes votos a ponto de se tornar a empírica sentença da maioria da Corte.

6. No último estágio, os juizes "articulam" uma maioria ou uma minoria contrária. Os juizes em geral consideram a coerência a sequência e as explicações oferecidas para "articulações" como cruciais para seus esforços de se agregarem e manterem a maioria.

7. Ao anunciar e publicar a "sentença" final, os juizes escolhem quanto de sua fundamentação querem tornar público. Somente as versões finais dessas decisões estão disponíveis nas bibliotecas de Direito. Essa decisão da maioria que é publicada provê os precedentes jurídicos que vão orientar as futuras decisões das cortes inferiores e da própria Suprema Corte.

Portanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre preservou o sigilo de suas deliberações que culminaram em julgamentos finais apresentados ao público. Ao público é dada a conclusão, mas não as razões para a conclusão.

Como aclarado ainda por **WOODWARD** e **ARMSTRONG**¹⁰¹ “*somente essas decisões, finais e não passíveis de revisão, são publicadas*”.

O sistema de criação de decisões¹⁰² daquela Suprema Corte (sua *ratio decidendi*) sempre foi hermético, ao contrário do adotado pelo novo CPC, como ensina **PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO** ao lecionar:

Para a teoria do precedente, a *ratio decidendi* é a porção de um julgado, extraída do caso concreto, que vincula os demais órgãos judiciais. É justamente a norma que se extrai de um julgado e que governará casos semelhantes. **A sua definição pressupõe a plena compreensão dos fatos juridicamente relevantes para a causa, da questão de direito que eles colocam, bem como o exame dos fundamentos utilizados pelo tribunal para decidir o caso concreto.** A partir desses elementos, produz-se uma **descrição dos motivos que determinaram a decisão do tribunal naquele caso. É justamente esta descrição que vinculará o julgamento de casos futuros.** A *ratio decidendi* corresponde, portanto, à questão de direito que foi enfrentada

¹⁰¹ WOODWARD, Bob e ARMSTRONG, Scott. The Brethren. Inside the Supreme Court, Saraiva, 1985, Introdução, p. 01.

¹⁰² "the reason" or "the rationale for the decision".

como uma premissa necessária a alcançar o dispositivo do julgamento. Este – e somente este – é o conteúdo que vinculará os casos futuros.¹⁰³

Temos, agora, no Brasil, um sistema de precedente que foi gerido para tentar aproveitar os bônus do sistema do *Common Law*, sem considerar os ônus de termos um sistema processual baseado no *Civil Law*.

Não bastasse esse inédito hibridismo imposto de cima para baixo, no Brasil ainda há entres os julgadores das Cortes superiores verdadeiras guerras de vaidade transmitidas ao vivo, onde se percebe que o posicionamento de teses depende muitas vezes do grau de inimizade pessoal entre os julgadores e partes envolvidas, numa grotesca adaptação da célebre expressão “*não li e não gostei*”, cunhada por Oswald de Andrade quando perguntado sobre um livro de José Lins do Rego, seu inimigo declarado.

Como se diz popularmente, aqui não é raro que se jogue para a torcida e se cubra de glacê retórico argumentos já reconhecidos como impertinentes pela maioria de um colegiado. Não é incomum nos tribunais que magistrados produzam platitudes com belo efeito retórico, mas com escasso estofo científico no argumento.

Exemplo clássico disso sempre é o embate havido no Supremo Tribunal Federal em meio ao julgamento da Lei do Ficha Limpa. O presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. **CEZAR PELUSO**, argumentava que haveria uma outra dúvida sobre a constitucionalidade do projeto: uma emenda de redação aceita na tramitação pelo Senado Federal, que alterou o tempo do verbo no texto do projeto — do participio passado para o pretérito futuro.

Foi quando o Min. **CARLOS AYRES BRITTO** apareceu com esta: — O senhor está dando um salto triplo carpado hemenêutico.

E o pior é que esse comportamento é apenas o sintoma, não o problema.

Apenas para dar cores a essa constatação, remeto o leitor à intrigante obra do jurista **SAULO RAMOS**¹⁰⁴ que nos brindou com um exemplo do nível de composição de nossa Suprema Corte.

¹⁰³ in <http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc> - acesso em 07/07/2016 às 15h27. Destaque nosso.

¹⁰⁴ RAMOS, Saulo, *Código da Vida*, 2007, Ed. Planeta, p. 169/170.

Quando o ex-Presidente José Sarney decidiu candidatar-se a Senador pelo Amapá, o caso foi parar no STF em face de impugnação de seus adversários. O Min. Celso de Mello votou pela impugnação, mas depois telefonou ao seu padrinho¹⁰⁵, Saulo Ramos, para explicar-se. Eis o trecho do livro:

Na minha vida, conheci juizes formidáveis, dos quais guardo lembranças entusiastas e profundo respeito. Mas sofri também grandes desilusões. Algumas lamentáveis. Vou contar uma delas. Terminando meu mandato da Presidência da República, Sarney resolveu candidatar-se a Senador. O PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro – negou-lhe legenda no Maranhão. Candidatou-se pelo Amapá. Houve impugnações fundadas em questão de domicílio, e o caso acabou no Supremo Tribunal Federal; naquele momento, não sei por que, a Suprema Corte estava em meio recesso, e o Ministro Celso de Mello, meu ex-secretário na Consultoria Geral da República me telefonou: — O processo do Presidente será distribuído amanhã. Em Brasília, somente estão por aqui dois ministros: o Marco Aurélio de Mello e eu. Tenho receio de que caia com ele, primo do Presidente Collor. Não sei como vai considerar a questão. — O Presidente tem muita fé em Deus. Tudo vai sair bem, mesmo porque a tese jurídica da defesa do Sarney está absolutamente correta. Celso de Mello concordou plenamente com a observação, acrescentando ser indiscutível a matéria de fato, isto é, a transferência do domicílio eleitoral no prazo da lei. (...) O sistema de sorteio do Supremo fez o processo cair com o Ministro Marco Aurélio, que, no mesmo dia, concedeu medida liminar, mantendo a candidatura de Sarney pelo Amapá. Veio o dia do julgamento do mérito pelo plenário. Sarney ganhou, mas o último a votar foi o Ministro Celso de Mello, que votou pela cassação da candidatura do Sarney. Deus do céu! O que deu no garoto? Estava preocupado com a distribuição do processo para apreciação da liminar, afirmando que a concederia em favor da tese de Sarney, e, agora, no mérito, vota contra e fica vencido no plenário. O que aconteceu? Não teve sequer a sutileza, ou habilidade, de dar-se por impedido. Votou contra o Presidente que o nomeara, depois de ter demonstrado grande preocupação com a hipótese de Marco Aurélio ser o relator. Apressou-se ele próprio a me telefonar, explicando: — Doutor Saulo, o senhor deve ter estranhado o meu voto no caso do presidente. — Claro! O que deu em você? — É que a Folha de S. Paulo, na véspera da votação, noticiou a afirmação de que o presidente Sarney tinha os votos certos dos ministros que enumerou e citou meu nome como um deles. Quando chegou minha vez de votar, o presidente já estava vitorioso pelo número de votos a seu favor. Não precisava mais do meu. Votei contra para desmentir a Folha de S. Paulo. Mas fique tranquilo. Se meu voto fosse decisivo, eu teria votado a favor do presidente. — Espere um pouco. Deixe-me ver se compreendi bem. Você votou contra o Sarney porque a Folha de S. Paulo noticiou que você votaria a favor? — Sim. — E se o Sarney já não houvesse ganhado, quando chegou sua vez de votar, você, nesse caso, votaria a favor dele? — Exatamente. O senhor entendeu? — Entendi. Entendi que você é um juiz de merda.

É fato! É o que temos!

¹⁰⁵ Que o indicara ao STF quando era Ministro da Justiça no próprio governo Sarney.

Somos um país de juízes de cortes superiores acostumados a macular a ordem jurídica sob o argumento de mantê-la.

Não é raro que a subsunção do caso concreto à norma seja relegada à segundo plano na busca do melhor interesse político da decisão.

Mas, como é cediço, todo julgador possui uma função preordenada pelo sistema. E esse sistema é que lhe dá autoridade para aplicar, imparcialmente e de forma coerente, as normas jurídicas. É o Direito posto que, portanto, deve orientar suas decisões.

E como bem anotado pelo prof. **OSCAR VILHENA VIEIRA**:

Se o juiz se afasta desse tipo de ética baseada em regras, princípios e valores que são estabelecidos pelo direito, passando a basear suas decisões nos ocasionais resultados que dela derivarão, a função jurisdicional terá se convertido em função política. O que é muito ruim, por diversos motivos”. Em primeiro lugar, porque o direito tem uma função essencial na estabilização de expectativas, favorecendo a cooperação social, o desenvolvimento econômico e a própria consolidação da democracia. Para isso, ele precisa ser devidamente aplicado, sancionando os oportunistas. Sem que o magistrado imponha de maneira imparcial as regras do jogo àqueles que delas se afastam, desaparecem os incentivos para que os demais jogadores cumpram suas obrigações. Ao pendurar a toga, dando prevalência a uma ética de responsabilidade em detrimento a uma ética de princípios (jurídicos), ainda que em benefício de uma estabilidade política ou econômica imediata, o Judiciário poderá estar contribuindo para ampliar a instabilidade e a desconfiança no longo prazo.¹⁰⁶

Pertinente, dessa forma, trazer à baila a distinção pensada por **MAX WEBER** que estabeleceu, em princípios do século XX, a distinção entre Ética da Convicção e Ética da Responsabilidade.

O pensamento é voltado a políticos e, bem por isso, calça como luvas para juízes-políticos.

Em linhas gerais a ética da convicção era, para **WEBER**, o conjunto de normas e valores que orientam o comportamento do político na sua esfera privada. Já a ética da responsabilidade representava o conjunto de normas e valores que orientam a decisão do político a partir de sua posição como governante ou legislador.

¹⁰⁶ Jornal Folha de São Paulo, Caderno B2, fls. 02, em 24/06/2017, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/06/1895669-se-o-juiz-se-afasta-das-regras-a-funcao-jurisdicional-se-converte-em-politica.shtml> - acesso em 03/07/2017, às 17h40.

E sempre que decidem questões de relevância além dos autos, os juízes estão diante de um dilema: usar a sua própria ética da "convicção" ou a ética da "responsabilidade" (analisando prováveis consequências fora dos autos e escolher a "menos pior" para a sociedade a curto e longo prazo).

Será, portanto, no mínimo cientificamente interessante acompanhar esse hibridismo funcionar para nossa realidade de juízes de Cortes superiores pinçados entre os amigos do poder de plantão.

Mas não tenhamos ilusões. Conquanto nosso sistema judicial esteja longe de ser inadequado e nosso arcabouço humano jurídico seja preponderantemente de boa estirpe, aqueles que têm deficiência moral – muitas vezes à soldo – e com a “dentadura vezeira no traquejo da marmelada”¹⁰⁷, são ruidosos e atrevidos.

¹⁰⁷ **BARBOSA**, Rui, A Imprensa e o Dever da Verdade, discurso de 1.920, EDUSP – Editora da Universidade de São Paulo, 1.990, p. 31.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. *The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England* (O Moderno Processo Civil – Formas Judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra), Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. RT, 2009.

ALIGHIERI, Dante, *La divina commedia*, Inferno, 2010, 2ª edição, São Paulo, Editora 34.

AURÉLIO, Marcos. *Soliloquios*. Buenos Aires: Angel Estrada, 1946.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*, discurso de 1.920, São Paulo. EDUSP – Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici scritto da um avvocato*. 7ª Edição, Livraria Clássica Editora, Lisboa Codex, 1985.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro, 1995, Ed. Forense.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone, *in* <http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc>, acesso em 07/07/2016 às 15h27.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

_____. *Aspetti sociali e politici della procedura civile*, *in Giustizia e società*, Milano, Comunità, 1977.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A Contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Vol. 3, Brasília, Ed. 2012, Editora Gazeta Jurídica

CHIOVENDA, Giuseppe. “*Dell’azione nascente dal contratto preliminare*”, in Riv. Dir. Comm., 1911, e “*Saggi di diritto processuale civile*”, Roma, 1930, 1/110.

CONFÚCIO. *Livro da Sabedoria*, 3ª ed., Brasília: Thesaurus, 1975.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*, 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1988.

_____. *Interpretações das leis processuais*. 4ª edição. São Paulo, Ed. Forense, 1997.
CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada*. RePro 223. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DALL’AGNOL JR. Antonio Janyr. *Invalidades Processuais*. Porto Alegre, Ed. LeJur, 1989.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, Salvador: Juspodivm.

DINIZ KREBS, Hélio Ricardo. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge University Press, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed., 34ª reimp., Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, in <http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>, acesso em 17/06/2016, às 16h00.

GERHARDT, Michael J., *The Power of Precedent*. Oxford University Press, 2008.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu!* Disponível: http://www.academia.edu/11337751/Distinguishing_overruling_e_overriding_apertem_os_cintos_o_caso-piloto_sumiu_. Acesso em 08/12/2016 às 16h25min.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

KANT, Immanuel. *Introdução à crítica da razão pura*, III. Portugal. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo. Quartier Latin.

LEE, Thomas R. *Stare decisis in historical perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, 52 Vand L. Rev. 647 (1999).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2.^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, revista e atualizada, 2014.

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

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Patrícia Perrone Campos, <http://jota.uol.com.br/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc> acesso em 07/07/2016 às 15h27.

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

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 10.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RADCLIFFE, 1st, Cyril, Viscount Radcliffe, *The Lawyer and His Times* (Opening Address at 150th Anniversary of the Harvard Law School, 1967), em *The Viscount Redcliffe, Not in Feather Beds. Some Collected Papers*, London, Hamish Hamilton, 1968.

SCHEUER DE SOUZA, Marco Antônio. *O misoneísmo e o filoneísmo jurídicos*, Erechim: Instituto Scheuer de Souza. 1999.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª edição. São Paulo. Ed. RT, 2000, 2ª edição.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*, Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado: 1995.

_____. *Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017 às 09h42.

Convenient, Affordable Legal Help - Because We Care! Disponível em: USLEGAL.com. Acesso em 07 de julho de 2017, as 10h30min.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, Cad. Cotidiano, B2, 24/06/2017.

WOODWARD, Bob e ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1985.