

# Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil

Dierle Nunes\*

Alexandre Melo Franco Bahia\*\*

## Sumário

1. Considerações Iniciais. 2. Função dos Tribunais e Padronização Decisória. 3. Contraditório e Precedentes. 4. Necessidade de uma Teoria dos Precedentes para o Brasil. 5. Problemas em Se Descobrir o que foi Realmente Julgado e Padronizado. 6. Do Uso dos Precedentes e da Superação e Distinção no Novo CPC. 7. Provocações finais.

## 1. Considerações Iniciais

Vivemos no Brasil hoje uma clara tentativa de valorização dos precedentes como ferramenta para a resolução de casos, principalmente no que tange aos casos repetitivos (“de atacado”), nos quais se viabiliza uma pretensão isomórfica que leva à multiplicação de ações “idênticas”.

E aqui já se apresenta uma advertência, especialmente quando se associa um *microsistema de litigiosidade repetitiva*<sup>1</sup> (como o previsto no CPC-2015, art. 928), técnica de gerenciamento processual (*case management* e *court management*), como ferramenta idônea e adequada de formação de precedentes, quando dos julgados se extraem *ratione decidendi* acidentalmente, como a prática brasileira demonstra há anos.<sup>2</sup> *Fundamentos determinantes são identificáveis acidentalmente no Brasil.*

Esta ressalva é relevante por duas razões que já merecem ser indicadas: a) o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva; b)

\* Doutor em direito processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em direito processual (PUCMinas). Professor permanente do PPGD da PUCMINAS. Professor adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP. Membro fundador do ABDPC, associado do IAMG. Membro da Comissão de Juristas que assessorou na elaboração do Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado.

\*\* Doutor e mestre em direito constitucional pela UFMG. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto e IBMEC-BH. Membro do IBDP, IHJ e SBPC. Advogado.

<sup>1</sup> THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

<sup>2</sup> Pesquisa empírica intitulada “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), administrada pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (FUNDEP/UFMG) e concebida e executada por Grupo de Pesquisa ligado à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a coordenação do Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Contrato de nº 17/2013) com participação dos Profs. Drs. Dierle Nunes, Misabel Derzi entre inúmeros outros pesquisadores realizada em 10 tribunais, inclusive o STF e STJ confirma esta assertiva. O relatório final da pesquisa se encontra em fase de finalização.

uma técnica de causa piloto<sup>3</sup> ou de procedimento modelo<sup>4</sup> somente terá condições de formar precedentes se a deliberação se der de tal modo que todos os argumentos relevantes sejam levados em consideração (como prescrevem os arts. 10 e 489, §1º, inc. IV, 927, §1º, CPC-2015).

Como se pontuou em outra sede:

A aplicação do direito jurisprudencial constitui um processo de individualização do Direito e de universalização da regra estabelecida no precedente, na tese, ou no enunciado sumular a exigir do intérprete constante atenção e consideração à dimensão subjetiva (construída processualmente) do caso concreto, para que seja possível sua adequada conciliação à dimensão objetiva do Direito. No entanto, esse processo é diuturnamente ameaçado pelo formalismo dos enunciados sumulares e das teses (decisões-modelo) estabelecidas pelos tribunais superiores (repercussão geral, julgamento de recursos especiais repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas), mediante técnicas de causa modelo ou de procedimento-modelo, assim como pela leitura equivocada que parcela da comunidade jurídica tem feito acerca do precedente judicial. Nesse contexto é que o Código de Processo Civil de 2015 estrutura um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial, para, a partir de pressupostos democráticos, combater a superficialidade da fundamentação decisória e a desconsideração da facticidade do Direito, entre outros graves déficits de sua aplicação.<sup>5</sup>

Perceba-se, assim, que o fenômeno do uso do direito jurisprudencial para dimensionamento de litígios repetitivos seria apresentado como solução supostamente idônea para tais conflitos pela crença de que as velhas ferramentas e cânones relativos

<sup>3</sup> Na técnica de causa-piloto ou “processos teste” (*Pilotverfahren* ou *test claims*), para resolução dos litígios em massa, uma ou algumas causas são escolhidas pela similitude na sua tipicidade para serem julgadas inicialmente, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais causas paralelas. Não há cisão cognitiva.

<sup>4</sup> Na técnica de “Procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão” são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário” (CABRAL, Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos Incidentes de Resolução de Processos Repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 39, v. 231, maio/2014. p. 2013) que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso. (NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.)

<sup>5</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP, 2015.

ao uso de normas já não daria mais conta da nova realidade, conduzindo vários países do “civil law” (“alegado”) a buscar no *common law* soluções antigas (por lá) para esses novos problemas.<sup>6</sup> Contudo, o sistema de precedentes não foi delineado com esta finalidade.

Ademais, nem sempre a transposição de institutos estrangeiros pode resolver adequadamente nossos dilemas, salvo quando façamos uma comparação adequada e responsável das peculiaridades dos sistemas, de suas litigiosidades e do modo como o referido instituto deva ser aplicado.

Isto já nos conduz à percepção de que apesar do sistema brasileiro sempre ter levado em consideração os julgados dos tribunais para sua prática decisória,<sup>7</sup> falar-se em “aproximação” ou “identidade” de nossa práxis não é plenamente correto, pois, *verbi gratia*, o sistema brasileiro de súmulas não pode ser comparado com o sistema anglo-americano de *cases*, pois lá se procura uma identificação discursiva de aspectos entre a causa em exame e o precedente, inclusive nos aspectos fáticos, em uma discussão rica. Já o sistema de súmulas, de verbetes curtos e objetivos, supostamente estabelecerá apenas uma “aplicação mecânica” por parte do julgador, sem levar em consideração todo o suporte de discussão, mesmo jurídico, que conduziu o tribunal a tomar determinado posicionamento.

Sobre a necessidade da análise dos fatos operativos/materiais, comentou-se:

---

<sup>6</sup> De igual sorte, também países de *common law* vêm passando por movimentos de mixagem com institutos próprios do *civil law*, Estes fenômenos (lá e cá) são conhecidos como *mixed jurisdictions*. A percepção de que o sistema brasileiro não se amolda mais, tão somente, às perspectivas do *civil law*, em face da existência e adoção de práticas típicas do *common law*, como as de reforço da importância do papel dos “precedentes” jurisprudenciais, especialmente dos Tribunais Superiores, com a formatação de um sistema jurídico em transição (entre os sistemas indicados), conduz à necessidade de delimitação de um trabalho de pesquisa que formate a compreensão do impacto desse novo modelo de aplicação do direito, tanto no âmbito da teoria do processo quanto da teoria da constituição, além dos impactos no campo da teoria do Estado. Cf.: TETLEY, William. Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language. *Tulane Law Review*, vol. 78, p. 175-218, 2003; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 4, p. 731-776; e: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2ª ed. RJ: Forense, 2015.

<sup>7</sup> Como pontua com precisão Marcus Seixas Souza, não é nenhuma novidade o uso do Direito jurisprudencial no Brasil. No Brasil Colônia seu uso era recorrente: “(a) Arestos: constituíam precedentes dos tribunais superiores e, embora não fossem publicados em coletâneas oficiais, eram analisados pela doutrina e até mesmo reproduzidos. Não havia um consenso sobre a eficácia dos arestos da Casa da Suplicação (o mais graduado tribunal superior ordinário do Reino), sendo que alguns sustentavam que apenas seriam aplicáveis a casos semelhantes, enquanto outros viam nos arestos alguma transcendência; (b) Estilos: tratava-se do uso decorrente de prática reiterada em um tribunal, exigindo-se um período mínimo de dez anos para tanto, vedada violação à lei. Eram compilados na *Colleção Chronologica da Legislação Portuguesa Compilada e Annotada* e no *Auxiliar Juridico*. Do mesmo modo que o costume, os estilos eram dotados de eficácia vinculante, podendo ser modificados por lei ou por outro assento; (c) Assentos: consubstanciavam decisão colegiada e abstrata sobre interpretação autêntica de um dispositivo legal, sendo mencionados e comentados pela doutrina. Por força da Lei da Boa Razão, todos os juízes deveriam adotar a interpretação legal contemplada nos assentos, podendo ser modificados pela lei ou por outro assento”. Somente com a República ocorreu uma mitigação do uso do direito jurisprudencial (SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do Direito processual civil brasileiro*: Colônia e Império. Salvador: UFBA, Faculdade de Direito, 2014, p. 87-88 e 129, *passim*).

A relevância desses fatos se justifica na medida em que o raciocínio por precedentes é, essencialmente, um raciocínio por comparações entre casos (o do precedente e o do presente). Nesse raciocínio – que leva em consideração situações, eventos, qualidades e atributos –, analogias e contra-analogias são estabelecidas a fim de se determinar se o caso presente deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso, à luz do princípio da igualdade substancial. Em qualquer sistema jurídico em que o direito jurisprudencial é relevante para o desenvolvimento do Direito, as analogias e as contra-analogias são realizadas considerando os elementos essenciais e não essenciais que podem ser encontrados no caso precedente e no presente (DUXBURY, 2008, p. 113). Até mesmo para que as comparações e a própria utilização desse direito jurisprudencial sejam relevantes na aplicação do Direito, não se pode prescindir da relevância dos fatos como um dos elementos que conferem força normativa a esse direito jurisprudencial. Por isso é que os juristas familiarizados com a doutrina do precedente judicial preocupam-se em descrever com considerável grau de precisão quais são os *atos materiais* das decisões passadas, dada sua influência no discurso jurídico e na solução de outros casos a partir do direito jurisprudencial. Esses *atos materiais* guardam estreita relação com a *ratio decidendi* (*fundamentos determinantes*, para se valer da expressão do CPC-2015), cujo conceito, por sua vez, constitui um dos mais controvertidos conceitos na doutrina do precedente judicial. Essa importância que lhe é atribuível decorre da constatação de que o elemento normativo do precedente reside nela própria, *ratio decidendi*, e as pessoas (cidadãos comuns ou autoridades) debaterão intensamente sobre quais direitos e obrigações jurídicas decorrem do que foi dito no precedente. Por isso, definir a *ratio decidendi* de um precedente não se resume a uma simples tarefa de categorização científica de partes de uma decisão; pelo contrário, pois tais *fundamentos* guardam aptidão não apenas para contribuir para a solução de outros casos mas para incrementar o histórico institucional do Direito.<sup>8</sup>

Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2015, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram),<sup>9</sup>

<sup>8</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

<sup>9</sup> Contrafaticamente, o CPC 2015 determina: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.[...] § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” Destacamos.

como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos – é dizer, repristinando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) “precedentes” ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando.

Dworkin,<sup>10</sup> criticando a recorrente aplicação positivista do *common law* (corrente a que ele chama de convencionalismo), delineou uma teoria da integridade na qual para se aplicar precedentes o intérprete deveria analisar o direito como um romance em cadeia, com coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento interligado do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração, para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a *interpretação do direito é construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida.<sup>11</sup>

O Juiz, assim, *não pode ser só a boca da jurisprudência* (como já fora da lei, ao tempo dos exegetas),<sup>12</sup> repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não dá para se usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal.

Isto, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a práxis do *common law* de onde se diz estar buscando inspiração: lá como cá, princípios são a condensação de expectativas de comportamento que são posteriormente previstos em normas jurídicas. Tais princípios são a base a partir da qual são formados precedentes, é dizer, há o julgamento de casos que, *depois*, são/podem ser tomados como razões que reforcem/contrastem com certa tese. Mas, perceba-se que precedentes apenas são tais quando de sua retomada num julgamento posterior. Não se decidem casos com a finalidade de se gerar precedentes ou pior, objetivando “prevenir” avalanche de processos (jurisprudência defensiva).<sup>13</sup>

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 221 e ss.

<sup>11</sup> Falando sobre os avanços do constitucionalismo americano que passaram pela Suprema Corte, Dworkin noutro texto ainda enfatiza que a interpretação construtiva é uma práxis que já começa pela leitura que os Ministros da Suprema Corte fazem da Constituição, uma vez que muito do que é a parte mais importante desta “*are drafted in abstract language; [logo] justices must interpret those clauses by trying to find principles of political morality that explain and justify the text and the past history of its application*” (DWORKIN, Ronald. *Bad Arguments: The Roberts Court & Religious Schools*. *The New York Review of Books*, 26.04.2011. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2011/apr/26/bad-arguments-roberts-court-religious-schools>>. Acesso em: 26.04.2011).

<sup>12</sup> BAHIA, Alexandre. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *RePro*, vol. 206, p. 359-379, abril 2012.

<sup>13</sup> Cf. THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. *Cit*. Cap. 7.



Ao se delinear um microsistema de litigiosidade repetitiva, o CPC-2015 cria ferramentas gerenciais de dimensionamento destes conflitos, preferencialmente formadoras de precedentes.

Para que tal desiderato se implemente, haverá a absoluta necessidade de respeito ao iter de formação das decisões e um contraditório dinâmico que, no CPC-2015, se apresenta numa série de dispositivos: nos arts. 10 e 933, passando pela busca de escolha de causas representativas com “abrangente argumentação e discussão” (art. 1.036, §6), do respeito da regra da congruência e não surpresa que determina ao relator (em recursos repetitivos) a promoção da identificação com precisão da questão a ser submetida a julgamento e a vedação ao órgão colegiado decidir questão não delimitada (arts. 1.037, I e §2º), assegurando a manifestação dos *amici curiae* (arts. 983, caput, e 1.038, I) e a realização de audiências públicas (arts. 983, §1º e 1.038, II).

Busca-se a mitigação normativa (e contrafática) dos riscos de uma hiperintegração. Esta existe na interpretação “quando os fatos de um caso com alguma especificidade e restrição acabam se tornando um parâmetro geral para casos subsequentes que não guardam suficientes padrões de identificação com ele. É como se uma decisão singular inaugurasse uma nova afinação na orquestra, e todo o restante da prática jurídica se modulasse por ele, de forma nem sempre pertinente”.<sup>14</sup> Tal fenômeno gera uma prática comum de se considerar dois casos (o presente e o paradigma) idênticos ao se aumentar o grau de abstração (distanciamento) entre os mesmos. Dependendo do nível de abstração, dois elementos aparentemente diferentes podem se mostrar similares ou até idênticos.<sup>15</sup>

Como pontua Ramires:

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro (...) é justamente a tentativa de extrair e conservar *essências* das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espreme-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas

<sup>14</sup> RAMIRES, Mauricio. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109.

<sup>15</sup> Na doutrina constitucional americana, fala-se em dois mecanismos complementares a tal respeito: “metáfora” e “metonímia”; pelo primeiro, aumenta-se o distanciamento do observador perante os casos (passado e presente) e, com isso, diferenças podem ser desconsideradas e se pode concentrar nas semelhanças; na “metonímia”, ao revés, o observador se aproxima dos casos e, com isso, o contexto, as singularidades, irão mostrar singularidades que tornam inaplicável o precedente – é o mecanismo tecnicamente conhecido como *distinguishing*. Saber quando é o caso de um, de outro, ou até de ambos (em alguma medida) somente pode ser definido na decisão do caso. Sobre isso ver ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, jan. 1995, p. 1069 e ss.

“propriedades imutáveis”. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do *holding* ou da *ratio decidendi* de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando *um coro de muitas vozes dissonantes*.<sup>16</sup>

Acerca deste “coro de muitas vozes dissonantes” o CPC-2015 contrafaticamente busca corrigir estes comportamentos não cooperativos mediante uma teoria normativa da cooperação/comparticipação que impõe uma fundamentação estruturada (art. 489), uma amplitude argumentativa (art. 10) e da boa-fé objetiva.

Em inúmeros trabalhos, vimos apontando, há bom tempo, os riscos de nossa peculiar apreensão do direito jurisprudencial no Brasil.<sup>17</sup>

Sempre tivemos dificuldades em entender a afirmação “definitiva”, de grande parcela dos pensadores pátrios, de que, por exemplo, os enunciados de súmula seriam pronunciamentos dos Tribunais vocacionados à abstração e à generalidade, tal qual as leis, e de que sua aplicação poderia se dar desligada dos casos (julgados) que deram base à sua criação.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> RAMIRES, Mauricio. *Crítica a aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Cit., p. 140.

<sup>17</sup> Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *RePro*, vol. 189, novembro 2010; NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *RePro*, vol. 199, set. 2011; NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010; NUNES, Dierle. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 101, p. 61-96, 2010; BAHIA, Alexandre. Avançamos ou Retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o Estado Democrático de Direito. In: Felipe Machado; Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-37; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER, Fredie. *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial – 2ª série*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 159-180.

<sup>18</sup> Em sendo assim, os Tribunais Superiores poderiam possuir um grande (e crescente) número de obstáculos ao seu acesso, uma vez que não estão ali para “corrigir a injustiça da decisão”, mas somente para garantir a autoridade da Constituição/lei federal e a uniformidade da jurisprudência. Diante daqueles casos que conseguem ultrapassar a barreira da admissibilidade, os Tribunais Superiores não estariam preocupados com o caso em si, que seria abstraído de suas características de caso concreto e visto apenas a partir do tema de que se trata, a fim de, se valendo do caso (que é irrelevante), alcançar aqueles objetivos acima elencados. Cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 175 e 310; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 366.

Seria como se os enunciados fossem criados e aplicados seguindo a mesma racionalidade do discurso legislativo, para o qual a Constituição prevê um complexo processo legislativo, e que eles pudessem se desprender de suas bases contingências formativas (julgados dos tribunais com limites subjetivos e objetivos muito individualizados aptos ao julgamento de um caso mas sem amplitude suficiente para dele se extrair fundamentos determinantes – *ratione decidendi*).

Vale a pena lembrarmos que as normas (leis) são feitas para serem gerais e abstratas (tentando-se, com isso, garantir sua aplicação imparcial ao maior número de casos). Uma vez que nos livramos das teses de *mens legis* e *mens legislatoris*, sabemos que a aplicação da norma não está presa à vontade do legislador ou mesmo de uma obscura vontade da lei; não são assim os precedentes, pois que feitos no curso da resolução de um caso, e, pois, sua *ratio* apenas faz sentido no seu contexto de origem.

Assim, leis possuem, em sua origem, argumentos pragmáticos, racionais, econômicos, morais (ou imorais, amorais), sociais etc.; no entanto, uma vez que passam pelo processo legislativo, são traduzidas para o código (deontológico) próprio do direito (direito/não direito), valendo e devendo ser aplicadas à revelia das razões que lhes deram origem.<sup>19</sup> Súmulas e precedentes, ao contrário, estão umbilicalmente ligados aos casos que lhes deram origem e só existem e fazem sentido a partir destes casos. Diferentemente das leis, portanto, a aplicação de súmulas e precedentes precisa vir acompanhada dos seus casos-origem.

Outra assertiva que precisa ser problematizada é a de que o seu uso poderia ser comparado ao uso dos precedentes no *common law*, especialmente pela percepção de que lá é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato.<sup>20</sup> Ou seja, em países de *common law*, os precedentes não “terminam a discussão”, são sim, um *principium*:<sup>21</sup> um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente.

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou o que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar), que deveria corresponder sempre a *ratio decidendi/holding* (mas com recorrência não correspondem), a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará “resolvida” quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese,<sup>22</sup> apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é uma Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em técnicas repetitivas.

Esta peculiar “jurisprudência” preventiva imagina uma possível divergência e trata logo de eliminá-la, não permitindo que a questão amadureça nos Tribunais à medida que for ocorrendo, para que, então, se forme um entendimento consolidado.

<sup>19</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 277.

<sup>20</sup> HUGHES, Graham. *Common Law systems*; MORRISON, Alan. *Fundamentals of american law*. New York: Oxford University Press, 1996. p. 19.

<sup>21</sup> RE, Edward D. *Stare Decisis*. *Revista Forense*, vol. 327, p. 38. Por isso, inclusive, a ideia de “interpretação construtiva” de Dworkin.

<sup>22</sup> BAHIA, Alexandre. *As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese*. *RePro*, vol. 206, p. 359-379, abr. 2012.



No *common law*, ao invés, para que um precedente seja aplicado há que se fazer análise comparativa *entre os casos, analogias e contra-analogias* (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual.

Por aqui, ao revés, o uso de enunciados de súmula (e de ementas) se dá em geral no Brasil, *equivocadamente*, como se lei fossem. Seguindo o mesmo raciocínio de generalidade e de abstração das normas editadas pelo Parlamento, é como se esses enunciados jurisprudenciais se desgarrassem dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*) que os formaram. Não se negam as razões históricas da criação desses enunciados na década de 1960, com inspiração nos assentos portugueses. O que se critica é que após todos os avanços da teoria do direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*),<sup>23</sup> que defendia a capacidade do Judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a “esse” geral com a negligência às singularidades.

Perceba-se: nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas “perfeitas”, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, *e.g.*, por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava).<sup>24</sup> Agora, em fins do século XX e início deste apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas, apenas que agora seu autor não é mais (só) o legislador mas (também) o Tribunal.<sup>25</sup>

Há os que acreditam que legisladores e/ou juízes possam “inventar” princípios a seu bel prazer, como se princípios “brotassem” da mera vontade do juiz ou mesmo do legislador.<sup>26</sup>

Em assim sendo, apesar de se tematizar com recorrência nosso peculiar movimento de convergência com o *common law*, chamado por Streck de “commonlização”,<sup>27</sup> continuamos insistindo nessa equivocada formação e aplicação do direito jurisprudencial.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> PUCHTA, Georg Fredrich. *Lehrbuch der Padekten*. Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838.

<sup>24</sup> Sobre isso dedicamos todo o Capítulo 1 do nosso: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. *cit.*

<sup>25</sup> Se é verdade que também o *common law* passou por uma fase de forte positivismo – na qual aos precedentes se tentou dar a mesma estabilidade e imutabilidade que dávamos às leis –, tais ideias restaram superadas desde fins do século XIX. Sobre isso ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

<sup>26</sup> Como já dito acima, princípios como normas jurídicas são uma decorrência de condensações de expectativas de comportamento. Legisladores podem ter escopos políticos, mas não necessariamente o produto do seu trabalho será o reconhecimento de um princípio; normalmente, ele positiva regras.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>.

<sup>28</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79, Brasília, abr.- jun. 2013. Acesso em: <<http://pt.scribd.com/doc/176023132/Dierle-Nunes-e-Alexandre-Bahia-Formacao-e-aplicacao-do-Dir-Jurisprudencial-Revista-do-TST>>.

Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar, como já adiantado, fazendo-se comparação entre os casos – inclusive entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

E essa assertiva deve também valer para os enunciados de súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem.

Nesse sentido caminhou muito bem o Novo CPC ao renovar o conceito de fundamentação das decisões judiciais, passando a exigir do julgador um trabalho muito mais efetivo e que explicita o que já é um dever constitucional (art. 93, IX, CR/88). O art. 489, §§1º e 2º estabelece uma série detalhada de parâmetros para a fundamentação das decisões. Entre tais parâmetros está a disposição que não considera fundamentada a decisão que se limita a citar (ou a negar a aplicação) de um precedente/súmula sem mostrar de que forma este tem relação com o caso.<sup>29</sup> Para se dizer que um precedente deve ou não ser aplicado ao caso, não apenas é necessário explicitar as questões jurídicas e fáticas deste, mas também se recuperar os casos que deram origem àquele. As disposições do art. 489 preenchem uma lacuna, pois que, aparentemente, o comando constitucional não era suficiente para se superar certos entendimentos jurisprudenciais que minimizavam a importância da fundamentação.

## 2. Função dos Tribunais e Padronização Decisória

Encontramo-nos, pois, imersos nesse processo peculiar de convergência com o *common law* e que não pode mais ser considerado aparente,<sup>30-31</sup> devido ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio.

Sabe-se que após a ineficácia do modelo processual reformista imposto, entre nós, após a década de 1990 – que apostou, em apertada síntese, prioritariamente, em reformas legislativas (e não em uma abordagem panorâmica e multidimensional, nominada de “processualismo constitucional democrático”)<sup>32</sup> e no ideal socializador de busca de reforço tão só do protagonismo judicial –<sup>33</sup> que alguns vêm há alguns anos (em

<sup>29</sup> THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização. cit.*

<sup>30</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *RePro*, vol. 189, p. 3, São Paulo: Ed. RT, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *RePro*, vol. 199, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

<sup>31</sup> HONDIUS, Ewoud. *Precedent an the law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>32</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória *cit.*, p. 38. NUNES, Dierle. Sistema processual exige abordagem panorâmica e macroestrutural. *Revista Conjur*. 24.12.2013. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-24/dierle-nunes-sistema-processual-exige-abordagem-panoramica-macroestrutural>>.

<sup>33</sup> Para uma análise mais consistente dos equívocos do movimento reformista brasileiro conferir: NUNES,

face da explosão exponencial de demandas e dos altos índices de “congestionamento judicial”) defendendo um peculiar uso de enunciados jurisprudenciais hiperintegrados (vistos como padrões decisórios) para dimensionar a litigiosidade repetitiva, como temos procurado mostrar no presente trabalho.

O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação,<sup>34</sup> mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no novo CPC) *formaria um julgado* (interpretado no Brasil como precedente) *que deveria ser aplicado a todos os casos “idênticos”,* presentes e futuros (ver arts. 926-927). Aquilo que a lei não pôde fazer (isto é, prever todas as suas hipóteses de aplicação), uma decisão judicial conseguiria, terminando com o *problema* de magistrados terem de se dar ao trabalho de analisar os casos pendentes/futuros, bastando apenas extrair dos mesmos o tema e aplicar sobre ele o precedente.

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais *eficiente quantitativamente* através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema.

Neste particular, o movimento reformista brasileiro parece tentar convergir para uma aproximação com o sistema do *common law*, ao adotar julgados que devem ser seguidos nas decisões futuras – o que configuraria uma peculiar forma de precedente judicial, com diferentes graus de força vinculante.

Isso, como já apontado, vale para os enunciados de Súmulas da jurisprudência dominante (ou tão só “as súmulas”, como mais difundido), é dizer, o sentido destes apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Súmula 309 (decisão de 27.04.2005), por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. Isso, contudo, apenas foi percebido quase um ano depois, no HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.2006) quando a relatora, Min. Nancy Andrighi, mostrou que dos dez julgados citados para formar “a Súmula”, apenas três se adequavam à redação dada àquela, razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito.<sup>35</sup>

---

Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>34</sup> Cf. NUNES, Dierle. *O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa*. PUC-MINAS, 2003, Dissertação de Mestrado; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil*, vol. 5, nº 29, p. 73-85, maio.-jun. 2004; NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: uma garantia de influência e não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *RePro*, vol. 168, p. 107-141, fev. 2009; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, vol. 28, p. 177-206, 2009.

<sup>35</sup> Tal dado é muito preocupante, uma vez que o Novo CPC aposta no uso cada vez maior de julgados-paradigma e súmulas e, no entanto, percebe-se que, não raras vezes, o Tribunal erra na formação

Se, como temos dito, os enunciados de súmulas somente podem ser interpretados e aplicados levando-se em consideração os julgados que os formaram, então, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que a formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto.<sup>36</sup>

Não se coloca nem mesmo em pauta o próprio papel dos Tribunais Superiores.

Como informa o presidente da Corte de Cassação italiana Ernesto Lupo, embasado em Taruffo e Cadiet, existiriam três funções gerais das “Cortes Supremas”: (a) função reativa ou disciplinar: controle da legitimidade da decisão no caso concreto, que se dirige ao passado, projetando-se como uma reação do ordenamento à violação do direito objetivo, visando eliminar ou neutralizar seus efeitos; (b) função proativa: dirigida ao futuro, na qual se proferem decisões idealizadas para resolução de controvérsias idênticas ou similares e com isso garantir-se a promoção da evolução do direito e (c) garantista: de se promover os direitos fundamentais.<sup>37</sup>

Visto, nesses termos, poderíamos perceber que os Tribunais Superiores no Brasil estariam exercendo uma peculiar “função proativa” na qual não seriam movidos, em muitas hipóteses, à busca da evolução do direito, mas à criação de uma forma peculiar de extermínio das demandas idênticas a partir de padrões rasos.

Ao se perceber tal movimento em nosso país para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, entra na pauta jurídica o papel do Tribunais (com destaque para os Superiores) e o modo como a jurisprudência deve ser formada e aplicada; em especial, pelo obrigatório respeito ao *processo constitucional em sua formação*.

Inclusive, em relação a este último aspecto, vimos defendendo, na condição de consultor do então CPC projetado junto à Câmara dos Deputados (com alguma repercussão) o fortalecimento de técnicas de *distinguishing* e do *overruling*. Quanto a isso, o Novo CPC busca ofertar algumas premissas na formação e aplicação dos precedentes. E mesmo que nem tudo o que foi debatido e provisoriamente aprovado durante a tramitação tenha efetivamente se transformado em lei,<sup>38</sup> as discussões nele

---

do próprio precedente/súmulas. Ora, como reger um sistema de precedentes (art. 926 – Novo CPC) se falta habilidade/técnica em sua própria formação? Ao mesmo tempo, a lembrança desse episódio é importante para mostrar a necessidade de se trabalhar com os casos que deram origem, no caso, à Súmula: foi apenas assim que se percebeu a necessidade de “superação” da Súmula, equivocadamente construída.

<sup>36</sup> Cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 199 e ss.

<sup>37</sup> LUPO, Ernesto. *Il ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale*. BARSOTTI, Vittoria; VARANO, Vincenzo. *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 92.

<sup>38</sup> Um bom exemplo são os artigos 520-522, na forma como foram aprovados na Câmara dos Deputados, e que criavam um capítulo apenas sobre “os precedentes”. Apesar dos arts. 520 e seguintes não terem sido mantidos na versão aprovada no Senado e afinal sancionada, é importante resgatar os contornos do que ali se dispunha a uma, porque partes daquilo foi realocada no que são agora os arts. 926 e seguintes; a duas porque tratava-se do resultado de estudos que imergiam no funcionamento dos precedentes no “*common law*” e, ainda que boa parte não conste da legislação aprovada, são um referencial teórico e prático sobre como devem funcionar os precedentes ao ser tal sistema traduzido para um país de *civil law*. Para consultar esses dispositivos, cf: <<http://migre.me/pyhpC>>.

esposadas demonstram claramente a preocupação com a ausência, até então, de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação de nossos “precedentes”, como buscaremos mostrar com alguns exemplos no presente texto.

### 3. Contraditório e Precedentes

Um aspecto em relação à constitucionalização que merece destaque diz respeito às premissas do novo CPC e a absorção efetiva e normativa do Contraditório como garantia de influência e não surpresa.

Partindo desta percepção se vislumbra que a aplicação do princípio não se resumiria à formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais. O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Acerca das premissas essenciais para o uso dos precedente, veja-se: “Nesse aspecto, o *processualismo constitucional democrático* por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law* e *common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º – Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º – Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º – Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º – Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores (“comparação de casos”): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como *v.g.* as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos. 5º – Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obter dictum* constituem-se pelos discursos não



O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.

Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos.

A adoção do contraditório como influência na formação e aplicação dos precedentes, especialmente em sistemas nos quais estes são formados mediante o uso da já aludida técnica de causa piloto, e buscando uma aplicação pró-futuro, torna essencial percebermos que em caso de dissonância nos votos proferidos no acórdão, dificilmente encontraremos uma única "*ratio decidendi*" apta a ser utilizada num caso futuro.<sup>40</sup>

O Contraditório impõe uma linearidade do debate para que uma decisão com eficácia panprocessual seja hábil a ser usada com argumentos colhidos por amostragem. Ao comentar a situação, Bustamante adverte:

Do mesmo modo, em um julgamento colegiado pode acontecer que os juízes que integram a câmara ou turma de julgamento cheguem a um consenso sobre a solução a ser dada para o caso *sub judice* mas diverjam acerca das normas gerais que são concretizadas no caso em questão e justificam a solução adotada: '*Em uma corte de cinco juízes, não há ratio decidendi da corte a não ser que três pronunciem a mesma ratio decidendi*' [Montrose 1957:130]. Nesse sentido, Whittaker recorda o caso "Shogun Finance Ltd. Vs Hudson"

---

autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais "de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexu estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum* ou, nas palavras de Vaughan, um *gratis dictum*". 6º – Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de *common law*" (NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. *RePro*, vol. 189, p. 38, set. 2011).

<sup>40</sup> Sobre a existência de mais de uma "*ratio decidendi*" e as dificuldades em separá-las dos "*obiter dicta*", ver: WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In: HONDIUS, Ewoud (org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007. p. 56.

em que o raciocínio de cada um dos juízes que compõem a maioria – uma maioria de três a dois – difere muito significativamente dos demais: “O resultado estava claro: uma maioria de três entre cinco juízes com acento na *House of Lords* sustentou que o fraudador não havia adquirido o título e, portanto, não poderia em tais circunstâncias tê-lo repassado a Hudson, aplicando-se a máxima *nemo dat quod non habet*. Não obstante, a maioria apresentava diferenças muito significativas quanto ao raciocínio seguido pelos seus componentes” [Whitakker 2006: 723-724]. Em um caso como esse não se pode falar em um precedente da corte acerca das normas (gerais) adscritas que constituem as premissas normativas adotadas por cada um dos juízes da maioria, embora se possa falar, eventualmente, de uma decisão comum constante da norma individual que corresponde rigorosamente aos fatos do caso e às conclusões adotadas. *Apenas há um precedente do tribunal em relação às questões que foram objeto de consenso dos seus membros.* “Quando a fundamentação divergente [no caso de votos “convergentes no dispositivo e divergentes na motivação”] descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de discoverable ratio, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução do caso” [Cruz e Tucci 2004:178]. *Isso não impede, porém, que se possa falar em uma ratio decidendi da opinião de um juiz e que a regra inferida dessa ratio seja utilizada como precedente em um caso futuro.* É claro que essa regra está menos revestida de autoridade que outra que tenha sido objeto de consenso de toda a corte, mas isso – apenas de limitar – não extingue por completo seu valor como precedente<sup>41</sup> (destacamos).

Os juízes, assim, devem estar vinculados somente por fundamentos confiáveis sobre questões jurídicas que aparecem nas decisões, *não podendo haver o contentamento do sistema apenas com o dispositivo ou a ementa das decisões judiciais*: citar ementa não é trabalhar com precedentes, da mesma forma que citar Súmula diz pouco sobre a “*ratio decidendi*” ali contida, se não são trazidos os casos e o debate que lhe deram origem.

Esta necessária mudança do funcionamento dos Tribunais na práxis decisória deveria, inclusive, colocar em pauta *o papel das alegações (sustentações) orais no curso do julgamento* de modo a viabilizar um efetivo debate dos advogados, com os julgadores, antes da prolação dos votos, impedindo seu não incomum uso inócuo, após as decisões já terem sido elaboradas. Do mesmo modo, ganha importância o relatório:

---

<sup>41</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272-273.

Em relação a este último aspecto, grande polêmica vem causando a *verba legis* do art. 489, inclusive com vozes criticando seus conteúdos, quando na verdade deveriam festejá-lo como uma possibilidade efetiva de otimizar o trabalho dos tribunais, inclusive, com aumento de sua eficiência. No aludido dispositivo, em prol de uma nova racionalidade decisória, ganham destaque *as novas funções do relatório* (art. 489, I) para o novo sistema que leva a sério o direito jurisprudencial e o microssistema de litigiosidade repetitiva do CPC/2015. O referido inciso I estabelece como dever-poder para o juiz de se promover “a identificação do caso”. Sabe-se que sob a égide do CPC/2015 na formação do precedente será imperativo o enfrentamento de todos os argumentos relevantes da causa (arts. 489, §1º, IV, 927 §1º, 984, §2º), inclusive poupando os juízes submetidos à sua força gravitacional da necessidade de enfrentamento dos mesmos argumentos já analisados e julgados, salvo quando a parte trazer inovação relevante. Nesta hipótese, bastará ao magistrado, nos termos dos incs. V e VI, do §1º, art. 489, comparar os fatos operativos (materiais) do caso presente mediante analogias e contra-analogias a fim de se determinar se o mesmo deve ser tratado da forma como estabelecido no precedente, ou se deve receber tratamento diverso. No entanto, exatamente para definição dos fatos operativos e dos fundamentos a serem enfrentados na formação do precedente que se deve ofertar as novas e relevantes funções ao *relatório*. Diversamente do atual CPC/1973 (art. 458), no qual o relatório foi relegado a uma narrativa pouco importante da sequência de atos-fatos processuais, no CPC-2015 caberá ao tribunal, para identificação do caso, pontuar todos os argumentos fáticos e jurídicos que deverão ser analisados igualmente e sob os mesmos pressupostos pelos membros do colegiado, de maneira a se permitir a extração, pós-julgamento, dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) objeto de discussão a ser utilizados como padrão decisório panorâmico para casos futuros. Do mesmo modo, nos juízos monocráticos caberá, na elaboração do relatório, indicar os fatos operativos a permitir, mediante analogias e contra-analogias, a aplicação adequada do precedente mediante exata identificação e aplicação de seus fundamentos determinantes (art. 489, §1º, inc. V) e *nunca* de modo mecânico, sem comparações, como hoje se mostra corriqueiro. Igualmente, a identificação no relatório dos fatos operativos do caso viabilizará a demonstração da existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, inc. VI). Pontue-se, como já dito, que na hipótese de o precedente já ter enfrentado com amplitude, em sua formação, os argumentos relevantes suscitados no atual caso

em julgamento, será despiciendo ao julgador enfrentar novamente os mesmos argumentos (suscitados pelas partes) no caso atual (como preceitua o art. 489, §1º, inc. IV), salvo quando a parte trouxer novos argumentos relevantes ou que permitam a distinção entre os casos, eis que o objetivo do *dever de consideração* (THEODORO JR. *et al*, 2015) não é o de burocratizar o julgamento, mas aprimorar qualitativamente os julgamentos.<sup>42</sup>

Também se ampliam, nesses termos, as novas funções da técnica recursal que para além de viabilizar a impugnação de decisões, implementam um espaço de construção de julgados forjados para servir de subsídio de fundamentação em casos idênticos. Tal impõe um novo olhar para o sistema recursal.

Resta ainda a percepção de que o contraditório dinâmico garantiria às partes técnicas hábeis para a *distinção de casos* e para a *superação de entendimentos*; nesse aspecto, o novo CPC, inovando a atual situação de carência técnica e como corolário do contraditório prevê o cabimento da reclamação quando ocorrer a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, para a demonstração de existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado (*distinguishing*) ou a superação da tese (*overruling*); seguindo antiga defesa doutrinária.<sup>43</sup> O *distinguishing* (art. 1.037, §§9º a 13) realizado pelo juízo onde tramita a causa e o *overruling* (art. 927, §§2º a 4º e 986) pelo órgão formador do precedente, mediante cognição qualificada.

Devemos sempre levar a sério, a partir dos aportes ora discutidos, a advertência de Motta:

Uma coisa, que é correta, é a invocação dos julgamentos anteriores que, quando tidos como acertos institucionais, bem servem como ‘indício formal’ das decisões que se seguirão a ele, e que com ele devem guardar a coerência de princípio. É louvável que as partes compreendam, pois, que a sua causa integra a história institucional, e que chamem a atenção do juiz para a necessidade de sua continuidade. Agora, outra coisa, bem diferente é a fraude que decorre da utilização de verbetes jurisprudenciais, como se fundamentação fossem, sem a devida reconstrução que foram

<sup>42</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *A doutrina do precedente judicial: Fatos operativos, argumentos de princípio e o novo Código de Processo Civil*. BUENO, Cássio Scarpinela (Org.). *Novo CPC*. São Paulo: Editora Artmed Panamericana/IBDP. 2015.

<sup>43</sup> THEODORO, Humberto Júnior; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *RePro*, nº 177, p. 43, nov. 2009. A previsão do *distinguishing* e do *overruling* no CPC, além de colocar o microsistema dos precedentes brasileiro em harmonia com suas fontes anglo-saxônicas, é também o reconhecimento dos limites dos precedentes, é dizer, o reconhecimento de que os mesmos não “terminam, de uma vez para sempre” as discussões. Sobre isso ver: THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização. cit.*, Cap. 7.

decisivos num e noutro caso. Dworkin explica que, se é verdade que os casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante (primado da equidade, que exige a aplicação coerente dos direitos), também é verdade que os precedentes não têm força de “promulgação”: o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”. E isso já no sistema do *common law*! Que dirá então em países como o Brasil, de tradição jurídica totalmente diferenciada, onde os precedentes não têm (em regra, pelo menos) força normativa vinculante? Então, atenção: para que o precedente agregue padrões “hermeneuticamente válidos” a um provimento atual, ou para que se revele a “força” de um precedente (ou: o que, afinal, ficou decidido naquele caso?), temos de perguntar: quais os argumentos de princípio que o sustentaram? Simples, pois. Estes argumentos é que poderão (e deverão) influenciar o novo provimento. Afinal, para os propósitos de uma produção coerente e democrática do Direito, “adequar-se ao que os juízes fizeram é [bem] mais importante do que adequar-se ao que eles disseram”.<sup>44</sup>

É dizer, como temos insistido, não é mais possível acreditarmos, nessa quadra da história, em soluções fáceis para problemas complexos, como são as demandas seriais.

Ora, se já sabemos que leis não conseguem prever todas as hipóteses de aplicação, isto é, que a subsunção é insuficiente para a aplicação do Direito, não podemos cair no mesmo erro apenas substituindo as leis por “precedentes”/súmulas.

Mesmo demandas seriais precisam de um tratamento correto para a aplicação de precedentes. Aliás, precisam de um procedimento correto para a formação do precedente e para a exata definição quanto a que papel os mesmos irão ter no sistema.

Os exigentes parâmetros do art. 489, para a fundamentação se aplicam a quaisquer decisões, mesmo aquelas para as quais já haveria, *prima facie*, uma súmula/precedente. Saber se a pretensão de aplicá-los ou não está correta demanda uma imersão argumentativa e dialógica sobre o caso e sobre o parâmetro jurisprudencial.<sup>45</sup>

Os acórdãos, agora mais do que nunca, devem possuir uma linearidade argumentativa para que realmente possam ser percebidos como *verdadeiros modelos (padrões) decisórios (standards)* que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura devemos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros possamos extrair

<sup>44</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183.

<sup>45</sup> No sentido dado por Klaus Günther (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, nº 6, p. 85-102, 2000). Ver também: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. cit.; THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit., Cap. 1.



uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório e, com isso, tomar o caso presente para, decidindo-o, contribuir com a construção do edifício normativo – como mencionado com Dworkin a respeito da “interpretação construtiva”.

No entanto, ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreende parcamente as bases de construção e aplicação destes padrões decisórios (precedentes), *criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas “perspectivas”, quebra da integridade (Dworkin) do direito, são apenas alguns dos “vícios”.*

Repetimos: aos Tribunais deve ser atribuído um novo modo de trabalho e uma nova visão de seus papéis e forma de julgamento. Se o sistema jurídico entrou em transição (e convergência), o trabalho dos tribunais também dever ser modificado.

Em recente obra pontuamos:

Como síntese pragmática, poderíamos apontar uma série de problemas para o trato da uniformização [jurisprudencial], quais sejam: a) Ausência de conhecimento das demandas mais recorrentes de cada um dos tribunais, para que mediante o mapeamento se possa dimensionar melhor seu trato; b) Ausência de conhecimento das causas de tais demandas para que possam, em algumas hipóteses (demandas de interesse público e judicialização da saúde, por exemplo), promover um diálogo com as instituições competentes (*diálogos institucionais*) para ilidir as causas e, então, reprimir-se legitimamente tal litigiosidade. c) Ausência de conhecimento de como cada órgão fracionário trata essas temáticas. d) Ausência de conhecimento de como cada um desses temas foi tratado pelo tribunal e órgãos a ele superiores, desde o *leading case*. e) Ausência de conhecimento dos fundamentos determinantes de cada uma dessas temáticas. f) Ao formar o entendimento não se levar em consideração todos os argumentos relevantes para o deslinde do caso. g) Ausência de efetiva colegialidade, eis que cada julgador (como ilha), juntamente com suas assessorias, analisa o caso solitariamente sem que tenha de passar pelos mesmos aspectos (premissas) de julgamento. h) Necessidade de se evitar o retrabalho, quando o tribunal julga inúmeras vezes o mesmo caso sob fundamentos diversificados e com superficialidade. O tribunal deve julgar bem da primeira vez e com amplitude, para evitar a repetição pelo vício de superficialidade. i) Criação de enunciados de súmula, por razões pragmáticas, que não espelham os fundamentos determinantes dos julgados que motivaram sua criação. Para tanto, seriam necessárias algumas medidas imperativas: a) Atribuição de atividade de pesquisa para as Escolas

judiciais ou internas no Tribunal, possivelmente com auxílio das universidades, de mapeamento das temáticas mais recorrentes. b) Realizado o mapeamento, criação de centros de estudo e pesquisa, compostos de comissões temáticas de especialistas preenchidas por assessores (de estagiários até estudiosos), com o objetivo de estudo de todos os fundamentos a serem considerados, inclusive com análise exaustiva de todos os julgados (desde o *leading case*) que feriram a(s) temática(s). A ideia seria de criação de verdadeiros relatórios (*reports*), para facilitar o trabalho de todas as assessorias, dos julgadores e até mesmo dos advogados que trabalharão nos julgamentos. Assim sendo, existiriam subsídios especializados para cada grande matéria em debate, inclusive para promover críticas e aprimoramento das decisões. c) As comissões deveriam promover um monitoramento dos julgados dos tribunais superiores para a manutenção da coerência com as referidas decisões e, em casos específicos, subsídios para a técnica de ressalva de entendimento que poderiam promover a modificação de entendimentos.<sup>46</sup> d) Em face da dificuldade do tema, a(s) comissão(ões) poderia(m) sugerir a ocorrência de audiência pública com ampla participação dos interessados. e) De posse dos relatórios, que todos os julgadores e as assessorias analisassem os casos sob os mesmos fundamentos, de modo que mediante esse pressuposto se crie uma verdadeira colegialidade, e que dela surjam fundamentos determinantes. f) Uma comissão especializada deveria se ater à formação de enunciados de súmula que espelhem os fundamentos determinantes dos julgados reiterados que os fundamentam. g) Caso novos fundamentos sejam apresentados, que sejam submetidos às comissões temáticas para uma análise preliminar. h) Interlocução desses Centros com os NURERs dos tribunais.<sup>47</sup>

Em assim sendo, não se pode manter a credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) de que o padrão formado (em RE. repetitivo ou em IRDR, v.g.) representa o fechamento da discussão jurídica, quando se sabe que, no sistema do *case law*, o precedente é um *principium* argumentativo – como mostramos acima.

<sup>46</sup> Pontue-se que, segundo a Resolução 106 do CNJ, de 06.04.2010, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau, é levada em consideração a técnica decisória de ressalva, em termos: “Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).” Tal Resolução está disponível em: <<http://migre.me/p3Kpp>>.

<sup>47</sup> THEODORO JÚNIOR; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. cit. p. 394.

A partir dele e, diante de um novo caso (e das especificidades deste), poder-se-á, de modo discursivo e profundo, verificar se o precedente deverá ou não ser repetido (aplicado) através das técnicas da “distinção” ou da “superação”.<sup>48</sup>

Há que se superar uma práxis que por aqui vem se desenvolvendo no sentido que se tomar um “precedente” dos Tribunais Superiores quase como um esgotamento argumentativo (ou, se se quiser, dando a ele a mesma abstratividade e generalidade de uma lei) que deveria ser aplicado de modo mecânico para as causas repetitivas.

Vale lembrar, que estes importantes Tribunais e seus Ministros produzem rupturas com seus próprios entendimentos com uma tal frequência que se fere de morte um dos princípios do modelo precedencialista: a *estabilidade*. Quantas vezes uma matéria já assentada em uma Seção ou reunião de Turmas volta novamente a julgamento em Câmaras isoladas e tem desfecho contrário àquela?<sup>49</sup>

Ora, como já mencionado, se o próprio Tribunal não consegue manter a estabilidade de entendimento internamente, como é possível a construção de um “sistema de precedentes” como se vem desenhando no Brasil? Do que adiantam Súmulas, Repercussão Geral etc. se os Tribunais, principalmente os Superiores (que têm na estabilização de interpretação do Direito uma de suas principais funções) não observarem, em inúmeras situações, a necessidade de coerência e, portanto, de “universalizabilidade” de suas decisões?<sup>50</sup>

Sabe-se que após a Constituição de 1988 as litigiosidades se tornaram mais complexas e em número crescentemente maior. A partir deste momento o processo constitucionalizado passou a ser utilizado como garantia não só para a fruição de direitos (prioritariamente) privados, mas para o auferimento de direitos fundamentais, dado o déficit de cumprimento dos papéis dos outros “Poderes” (Executivo/Legislativo), entre outros fatores.

Vistas estas premissas, devemos fazer uma breve análise de alguns dos fundamentos do *common law* na sistemática de precedentes, para que, na sequência, possamos verificar alguns exemplos na ausência de sistemática da própria construção dos padrões decisórios no Brasil.

---

<sup>48</sup> Que já temos defendido há algum tempo, cf. BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ – Conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55-56; e: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. *RePro*, vol. 189, nov. 2010.

<sup>49</sup> É claro que não haveria qualquer problema se a decisão divergente fosse o resultado de uma superação ou de uma distinção em face do precedente. Mas, num e noutro caso, tais mecanismos têm de estar explícitos e o paradigma tem de ter sido enfrentado, já que, muitas vezes, sequer ocorre sua menção.

<sup>50</sup> O critério da “universalizabilidade” é o principal fundamento para a técnica do precedente, nos lembra Thomas Bustamante (*Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 268). Assim, a decisão dada respeita e dá curso ao “edifício jurídico” que se está procurando construir, ao mesmo tempo em que poderá servir de base para futuros casos similares.

#### 4. Necessidade de uma Teoria dos Precedentes para o Brasil

Querer instituir um sistema pelo qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reivindicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que *a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos*. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para se perceber (se e em que medida) é coerente (Dworkin) aplicar-se o entendimento anterior.

Nem o caso presente pode ser tratado como um “tema” (abstraido das contingências próprias do caso), nem o passado é um “dado” que possa ser tomado de forma abstrata (como se fosse uma norma) – ainda que estejamos falando de uma Súmula, como temos insistido, ainda assim ela só pode fazer sentido para a solução de um caso presente ao ser retomada com os casos que lhe deram origem.

O trabalho de produzir “discursos de aplicação” (*supra*) não pertence ao juiz isoladamente, mas deve ser feito em contraditório com as partes. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação”.<sup>51</sup> Como já disse Ovídio Batista da Silva em texto comemorativo aos 10 anos do STJ: “[A] súmula obrigatória – como o regime dos assentos praticado em Portugal – submete-se ao princípio iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade, a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o direito”.<sup>52</sup>

Trabalhar com precedentes e súmulas ao lado de leis positivadas apenas torna o sistema mais complexo e não mais simples como alguns parecem ingenuamente imaginar. Pensar que o uso de Enunciados de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso, como argumentamos acima. Ao contrário, se estamos em uma *comunidade de princípios*<sup>53</sup> o direito não é apenas um conjunto de decisões (legislativas e/ou judiciais) tomadas no passado (sistema de regras); ao contrário, se concebemos o Direito como um sistema principiológico, permitimos que o sistema possa “expandir-se e contrair-se organicamente (...), sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito”.<sup>54</sup>

A ideia de coerência (integridade) em Dworkin exige que o órgão julgador deve tomar o ordenamento jurídico (normas e precedentes) “como se” ele compusesse

<sup>51</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial cit.*, p. 259.

<sup>52</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. *Função dos Tribunais Superiores. In: BRASIL. STJ. STJ 10 anos – obra comemorativa 1989-1999*. Brasília: STJ, 1999, p. 159. Ver também: GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, vol. 739, p. 11-42, maio 1997.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 229.

“conjunto coerente de princípios”.<sup>55</sup> A fonte normativa, mesmo num sistema de leis, não é um dado acabado, mas uma (re)construção a ser levada a cabo pelas partes e pelo juiz do caso. *Quando somamos às possibilidades normativas os casos passados isso torna o sistema mais complexo.*<sup>56</sup>

A reconstrução de leis e precedentes não se dá por “mera repetição”, já que, no sistema do *common law* tradicionalmente se tem consciência de que o juiz, ao mesmo tempo em que aplica o direito é, também autor (porque acrescenta algo ao edifício jurídico) e crítico do (pois que interpreta (o) passado.<sup>57</sup> Tendo as normas (e precedentes) em tese aplicáveis, o juiz pode (mais uma vez se valendo dos debates em contraditório não apenas quanto às pretensões de direito mas, como dissemos, também quanto à reconstrução o mais completa possível das características do caso) perceber qual delas é a norma adequada. Em sentido semelhante, referindo-se à prática do *common law*, Bustamante:

O postulado da coerência exige que todas as situações que puderem ser universalmente formuladas e subsumidas nas mesmas normas gerais<sup>58</sup> sejam tratadas da mesma forma, a não ser que, em um discurso de aplicação dessas normas, surjam elementos não considerados na hipótese normativa que justifiquem a formulação de uma exceção ou a não aplicação das consequências jurídicas ao caso concreto.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> *Idem*, p. 261.

<sup>56</sup> Essa “indeterminação inicial” do Direito a ser usado no caso é compensada, então, pelo trabalho reconstrutivo que se faz do Ordenamento e do caso. Quanto ao Ordenamento, Dworkin (*O império do direito*, cit., p. 274 e ss.) faz a conhecida alegoria com o “romance em cadeia” para mostrar que cada nova decisão se liga num *continuum* entre passado e futuro: a decisão “integral” é aquela que, de alguma forma, dá curso ao passado ao lhes resgatar os princípios jurídicos jacentes (sem, contudo, lhe ser subserviente, como a postura “convencionalista”) e se abre a ser reapropriada (e ter rediscutidos seus fundamentos) no futuro (mas sem pretender visualizar todos seus possíveis desdobramentos metajurídicos, como os “realistas”). Em sentido semelhante Edward Re (*Stare decisis*, cit., p. 8) toma como natural a ideia de que essa ação do juiz significa contribuir para o desenvolvimento de um direito que jamais se toma como uma “decisão do passado” (como talvez alguns pensem, ao julgarem a prática do *stare decisis*), mas que está sempre em construção. Quanto ao segundo, isto é, ao caso, este deve ser reconstruído nos autos de forma que, uma vez identificadas suas particularidades seja possível aplicar o direito “descoberto” e aí obter “a única decisão correta”, o que, adicionalmente, impede que se tome a decisão como um *standard* que predetermine automaticamente a solução dos outros casos futuros. Ver também: BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*, cit., p. 175 e 310; BAHIA, Alexandre. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo, cit., p. 366-369; CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, vol. 3, p. 473-486, 2000; STRECK, Lenio L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

<sup>57</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 235-253. Tanto a reconstrução do “Ordenamento” (normas e precedentes) quanto do caso presente deve se dar em contraditório, como mostra Klaus Günther (Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, p. 85-102, 2000).

<sup>58</sup> O autor está se valendo da ideia de “norma adscrita”, no sentido dado por R. Alexy, isso é, de “normas criadas no processo de concretização do direito, seja pelos tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado Direito Fundamental” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 269-270).

<sup>59</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 274.



A partir disso percebemos que nenhuma norma (mesmo “principiológica”) pode prever todas as suas hipóteses de aplicação. Ela é pensada para algumas situações, mas a vida é muito mais rica e complexa do que a necessária simplificação que significa a textificação de condutas de forma hipotética. Pelas mesmas razões, também precedentes e súmulas, como textos que são (e mais, erigidos a partir de situações concretas, o que os vincula mais de perto a certas hipóteses e não outras), também não podem “prever todas as suas situações de aplicação”.

Não é mais plausível acreditar-se que a inclusão de mais textos (Enunciados de súmulas, Súmulas Vinculantes etc.) terá a capacidade de resolver o problema da diversidade de interpretação dos textos originais (as normas), tomando o lugar destas (ou ao menos concorrendo com elas) como fonte do direito. No que tange aos Enunciados de súmulas e precedentes nossos Tribunais há de se ter claro que uma coisa é “tomar em conta um precedente judicial”, outra, bem diferente, é querer que, com isso gerar uma “obrigação de alcançar a mesma conclusão jurídica do precedente judicial”<sup>60</sup>

## 5. Problemas em se Descobrir o que foi Realmente Julgado e Padronizado

Ao se partir das premissas anteriormente discutidas necessitamos, diante de um caso concreto, verificar se o modo como os julgados são formados num Tribunal Superior atenderiam à referida linearidade argumentativa para a criação de um padrão decisório ou não.

Ordinariamente, parece prevalecer um modelo de aplicação de precedentes como “regras de Shauer”, tendendo ao uso de julgados (e súmulas), pelos juízes de primeiro e segundo grau, com redução de sua responsabilidade, mas com aceitação de uma busca de eficiência que permite decisões subótimas.<sup>61</sup>

Como já referido acima, na formação de um acórdão o Tribunal há que ter o devido cuidado, de forma a que o se “acordou” seja, de fato, um entendimento comum,

<sup>60</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial cit.*, p. 270.

<sup>61</sup> Quando explica o critério de eficiência na aplicação de precedentes de Shauer, Maues aduz que: “(...) quando um agente decide de acordo com regras, ele se encontra parcialmente livre da responsabilidade de analisar cada característica relevante do caso, concentrando sua atenção somente na presença ou ausência de alguns fatores. O resultado seria uma maior eficiência do processo de tomada de decisão, pois os agentes estariam livres para cumprir outras responsabilidades e não haveria duplicação de esforços dentro do mesmo ambiente decisório em eliminar suas vantagens. No que se refere ao argumento da confiança, seu valor depende da medida em que um ambiente decisório tolera resultados subótimos, a fim de que os afetados pelas decisões sejam capazes de planejar certos aspectos de sua vida. Essa tolerância tende a diminuir quanto mais relevantes forem os fatos suprimidos, ou menos relevantes, os fatos destacados no predicado da regra, e também quanto mais a decisão estiver abaixo da melhor decisão que seria tomada se todos os fatores fossem levados em conta. Assim, decisões erradas podem acabar tornando mais difícil confiar em quem as toma. Quanto à busca de eficiência, Schauer considera que seu valor depende das outras destinações que podem ser dadas aos recursos decisórios economizados, e se for um uso valioso pode tolerar um certo número de resultados subótimos. Portanto, quando os recursos decisórios não são escassos ou há poucas alternativas atraentes para seu uso, é menos provável que os benefícios da eficiência tenham mais peso que os custos necessariamente envolvidos em qualquer processo de tomada de decisão que não esteja apto para buscar o resultado ótimo em cada situação”. (MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. *Revista Direito GV*, 8(2), p. 611, jul.-dez. 2012).

seja quanto à procedência/improcedência, seja quanto aos fundamentos, sob pena da decisão ser ou enganosa ou tenha pouca força como precedente.

É o que se pode ver, somente como hipótese exemplificativa, no REsp 422.778 do STJ:<sup>62</sup> a decisão da Turma foi por maioria, aparecendo como votos vencedores a Min. Nancy Andrighi, o Min. Ari Parglender e Min. Menezes Direito.

Na *ementa* se lê: “Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento”. Contudo, quando se lê os votos dos Ministros, percebe-se que de fato os três apontados inicialmente concordaram quanto ao não conhecimento do recurso. No entanto, a tese de fundo, que fez parte da *ementa* – sobre ser a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII do CDC uma “regra de julgamento” – apenas foi adotada pela Min. Nancy Andrighi. O voto da Min. Andrighi possui vários fundamentos,<sup>63</sup> entre eles a questão sobre a melhor compreensão do CDC ao caso:

“Afirma a recorrente que o Tribunal *a quo* violou o art. 6º, VIII, do CDC, porquanto entendeu que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e, segundo a recorrente, seria regra de instrução processual. Contudo, conforme posicionamento dominante da doutrina, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento”.<sup>64</sup>

E, após citar doutrina continua:

E não poderia ser diferente, porquanto se o inc. VIII, do art. 6º, do CDC, determina que o juiz inverta o ônus da prova a favor do consumidor quando entender verossímil a sua alegação ou quando considerá-lo hipossuficiente; isso só pode ser feito senão após o oferecimento e a valoração das provas produzidas na fase instrutória, se e quando, após analisar o conjunto probatório, ainda estiver em dúvida para julgar a demanda (sendo dispensável a inversão, caso forme sua convicção com as provas efetivamente produzidas no feito). Assim, se no momento do julgamento houver dúvida sobre algum ponto da demanda, essa dúvida deve ser decidida a favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC (...).<sup>65</sup>

<sup>62</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

<sup>63</sup> Como mostra Thomas Bustamante (*Teoria do precedente judicial. cit.*, p. 256-258) dificilmente um precedente possui apenas “uma *ratio decidendi*”. Sendo, então, uma decisão colegiada o problema só aumenta. Assim é que podemos visualizar nos votos que diferentes fatos foram ressaltados por um e não por outro Ministro e que um mesmo julgador, como a citada Min. Nancy, se apoiou em mais de um “fato material” para dar seu entendimento. Ora, se um caso pode possuir mais de uma “*ratio decidendi*”, seu uso para outros casos no futuro deverá considerar tal complexidade e a escolha entre o que é “essencial” e o que é meramente “*obiter dicta*” não é nem óbvia e nem neutra.

<sup>64</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

<sup>65</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

Também menciona precedente da própria 3ª Turma: “Por fim, registro que esta Turma já teve oportunidade de decidir, por unanimidade, no REsp 241.831/RJ, rel. Min. Castro Filho (...), que ‘A inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII do art. 6º da Lei 8.078/1990 não é obrigatória, mas regra de julgamento’”.

Interessante observar-se que no REsp. 422.778, em comentário, o Min. Castro Filho também era o relator original, no entanto, sua posição não é aquela que a Min. Nancy buscou no caso precedente. O Min. Castro Filho aqui sustenta claramente que a regra do CDC é que o juiz deve, observado o caso, proceder à inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória.

Aliás, mesmo no REsp 241.831 (citado pela Min. Andrighi) o Min. Castro Filho, apesar de usar a expressão “regra de julgamento” para se referir ao art. 6º, VIII, do CDC, o faz lembrando que o inciso fala de “inversão *ope judicis*”, que, pois, deve ser verificado pelo juiz do caso na sua aplicação, não sendo, então, obrigatória. Em nenhum momento o caso citado trabalha a diferença entre “regra de julgamento” e “regra de procedimento”.<sup>66</sup>

Voltando ao caso (REsp 422.778), o Min. Ari Parglender apenas indiretamente tratou sobre o tema da inversão do ônus da prova.<sup>67</sup>

Já o Min. Menezes Direito adotou tese diretamente oposta (para ele o dispositivo traz uma “regra de procedimento”). Após revisitar os votos do relator, Min. Castro Filho (que conhecia do recurso por entender que o citado CDC trata de “regra de procedimento”) e a divergência aberta pela Min. Andrighi (que entende ser “regra de julgamento”), o Min. Menezes Direito entendeu que o voto do Min. Ari Parglender não se alinhou com os anteriores. De toda sorte, ele concorda (nesse ponto) com o Ministro relator (e não com a Min. Andrighi):

<sup>66</sup> Ver: BRASIL, STJ, REsp 241.831, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. 20.08.2002.

<sup>67</sup> “O Relator, Ministro Castro Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento ‘para determinar o retorno dos autos à comarca de origem, a fim de que se possibilite à recorrente fazer a prova dos fatos por ela alegados’. Dele divergiu, em voto-vista, a Min. Nancy Andrighi, para quem ‘a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC é regra de julgamento’, razão pela qual não conheceu do recurso especial. Sigo, no particular, as lições de Barbosa Moreira, expostas em ‘Julgamento e Ônus da Prova’ (...). ‘Mesmo diante de material probatório incompleto’ – escreveu o eminente jurista – ‘o órgão judicial está obrigado a julgar. Essa eventualidade gera riscos para as partes, na medida em que implica para cada uma delas a possibilidade de permanecer obscura a situação fática de cujo esclarecimento se esperava a emergência de dados capazes de influir decisivamente, no sentido desejado, sobre o convencimento do juiz. (...) A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava’. (...) Ora, semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Unicamente então, com efeito, é que tem sentido cogitar da existência de eventuais lacunas no material probatório: enquanto esteja ‘aberta’ a prova, qualquer conclusão a tal respeito seria prematura. Quer isso dizer que as regras sobre distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento em que julga” (grifos nossos; em itálico no original). Na citação que o Ministro faz da obra de Barbosa Moreira ele parece indicar que o art. 6º, VIII estabelece regra de julgamento e não de instrução, o que o colocaria ao lado da Min. Nancy. Os que lhe seguiram, no entanto, assim não compreenderam, entendendo que o Ministro Ari Parglender havia aberto outra linha de raciocínio.

Anoto que o voto do Ministro Ari Pargendler não cuidou especificamente da inversão do ônus da prova tal como disciplinado no art. 6º, VIII, do CDC. Cuidou, sim, da situação decorrente dos resultados da instrução probatória, cabendo ao Juiz, (...) 'ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória (...)'. Pedi vista porque me alertou o destaque posto pelo eminente Relator no que diz especificamente com a inversão automática do ônus da prova, tal e qual afirmado no acórdão. É que, de fato, o acórdão apresentou uma interpretação que não me parece a melhor para o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Primeiro, afirmou que 'apenas quando o juiz, nos casos de hipossuficiência, entender que se não deve inverter o ônus da prova, é que expressará o seu critério' (...), ou seja, inverte-se o ônus da prova independente da expressa manifestação do Juiz; segundo, relegou a existência de elementos concretos para a inversão, ou seja, deu pela presunção da hipossuficiência do consumidor e deixou a verossimilhança 'da alegação quando se tratar de pessoas jurídicas, ou mesmo pessoas físicas, mas sempre em igualdade de condições com o fornecedor' (...). Isso, sem dúvida, contraria a nossa jurisprudência que não hesita em afirmar que a hipossuficiência deve ser reconhecida diante de elementos compatíveis de prova e que é necessária a presença das circunstâncias concretas que demonstrem a verossimilhança da alegação, estando a inversão no contexto da facilitação da defesa como apreciado nas instâncias ordinárias (REsp 541.813/SP, da minha relatoria, *DJ* de 02.08.2004; REsp 122.505/SP, da minha relatoria, *DJ* de 24.08.1998; REsp 598.620/MG, da minha relatoria, *DJ* de 18.04.2005). Nesse último precedente assinalei em meu voto que não se pode impedir que o Juiz, 'presentes os requisitos do dispositivo de regência, defira a inversão no momento da dilação probatória, para fazê-lo em outro, após a produção da prova'. Essa orientação foi também acolhida pela 4ª T., isto é, 'dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes –, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal' (REsp 662.608/SP, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *DJ* 05.02.2007).<sup>68</sup>

Então, após mostrar que há dissidência sobre o tema, conclui:

No plano teórico, portanto, não me parece que deva ser prestigiada a orientação defendida pela ilustre Min. Nancy Andrighi (...). É que

<sup>68</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

o momento oportuno para a inversão é o da dilação probatória considerando que a inversão dar-se-á a critério do Juiz e desde que, no contexto da facilitação da defesa, esteja presente um dos elementos mencionados no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, isto é, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.<sup>69</sup>

Até esse momento, então, o Min. Menezes de Direito concordava com o relator: *o inciso VIII do art. 6º trata de “regra de procedimento” e não de regra de julgamento como queria a Min. Nancy Andrichi* – razão pela qual, até aí, o voto do Min. Menezes Direito, seria por conhecer do recurso, como fez o relator.

Contudo, na sequência percebe-se que o Min. Menezes Direito entende que, *no caso*, há outra questão que deve ser examinada:

Mas, no caso concreto, há outra questão a ser examinada, qual seja, a identificação da responsabilidade independente dessa inversão acolhida pelo Tribunal local. É que o acórdão considerou amplamente que houve o dano e onexo causal com base na prova dos autos. Mas, e aí a controvérsia, a sentença, embora reconhecendo tudo isso, deixou de condenar a empresa porque não comprovada a sua legitimidade passiva, ou seja, não seria ela a responsável pela garrafa que provocou o evento danoso. O acórdão, entretanto, antes mesmo de mencionar a inversão do ônus da prova, asseverou que o ‘autor, ao opor a presente ação contra Refrigerantes Marília Ltda. (...), assim o fez considerando que era aquela empresa a responsável pela fabricação e distribuição do refrigerante Coca-Cola na região em que ocorreu o evento danoso – esse fato, ressalte-se, resultou incontroverso. (...) Na realidade, se há ação de responsabilidade civil ordinária, isto é, fora do âmbito do Código de Defesa do Consumidor, e a parte ré entende que não é a responsável, sendo parte ilegítima passiva, deve desde logo provar esse fato, haja, ou não, a inversão do ônus da prova. É que o art. 333, II, do Código de Processo Civil impõe ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ora, se não faz essa prova (...), e é pertinente no sistema processual brasileiro que assim faça, desde que tenha o autor provado o fato constitutivo do seu direito. (...) Com isso, embora em desacordo com a fundamentação do acórdão no que se refere ao art. 6º, VIII, do CDC naqueles pontos antes indicados, entendo que, no caso, com as razões antes deduzidas não há como dar guarida ao especial para afastar a responsabilidade da empresa recorrente. Não conheço do especial.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.

<sup>70</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrichi, j. 19.06.2007.



Assim, o Min. Menezes Direito deixou claro que concorda com o relator sobre ter o Tribunal recorrido interpretado mal o art. 6º, VIII, do CDC (quanto a esse ponto, ele acompanhava o relator e discordava da Min. Nancy Andrighi). No entanto, enfrentou questão não tratada pelo Min. Relator, mas que o foi pela Min. Nancy Andrighi, ou seja: que, uma vez comprovado o direito do autor, cabe à ré mostrar o fato impeditivo do direito do autor.

*Esse é o ponto sobre o qual concordam os Min. Menezes Direito e Nancy Andrighi.* Na ementa do acórdão, contudo, cuja redação coube à Min. Andrighi (em razão da divergência), os fundamentos para não se conhecer do recurso foram:

Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula 7 deste STJ. – Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de ‘prova negativa’, ou ‘impossível’.

Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.<sup>71</sup>

O primeiro fundamento, da forma como colocado, fez parte apenas do voto da Min. Andrighi, os demais que também não conheceram do REsp. não trataram sobre estar a questão do exame sobre os requisitos da responsabilidade impedida ou não pela Súm. 07 do STJ. O segundo fundamento também faz parte do voto da Min. Andrighi, mas não é tratado dessa forma pelos outros dois Ministros.

O Min. Ari Parglender cuida dos riscos acerca do ônus da prova. Quem se aproxima da Min. Andrighi é o Min. Menezes Direito quando discorre sobre o art. 333 do CPC. Quanto ao terceiro fundamento, mostramos que ele foi primeiramente defendido pela Min. Nancy Andrighi e indiretamente mencionado pelo Min. Ari Parglender no mesmo sentido.

<sup>71</sup> BRASIL, STJ, REsp 422.778, 3ª T., Rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 19.06.2007.

Contudo, não há “acordo” sobre esse ponto no julgamento, uma vez que o terceiro Ministro que compõe a maioria discorda do entendimento da Relatora – e *ele diz isso expressamente* –, o que nos leva a concluir que isso não poderia ter feito parte da ementa e ainda que uma das partes poderia intentar Embargos de Declaração para ter esclarecido esse ponto.

Qual a força argumentativa (qual o peso argumentativo)<sup>72</sup> de um caso desses para se tornar um precedente? Qual(is) “ratio decidendi” se pode(m) extrair aqui que sirva(m) para futuros casos se nenhum dos três fundamentos do “acórdão” contou com o “acordo” dos que figuram como votos vencedores?

O caso ainda rendeu “embargos de divergência” julgados pela 2ª Seção do STJ.<sup>73</sup> Aqui também a polêmica foi grande e a decisão foi tomada por maioria de votos no sentido de superar o entendimento da Min. Andriahi:

Embargos de divergência. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078/1990, art. 6º, VIII. Regra de instrução. Divergência configurada.

(...)

2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.

3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.

4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (REsp 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.09.2011).

5. Embargos de divergência a que se dá provimento.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 283.

<sup>73</sup> BRASIL, STJ, Emb.Div. REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

<sup>74</sup> BRASIL, STJ, EDiv REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

Também aqui há uma pluralidade de fundamentos. Primeiramente o então relator, Min. João Otávio de Noronha, entendia que havia duas questões a serem uniformizadas: uma sobre o valor da indenização e outra sobre a melhor interpretação do art. 6º, VIII, do CDC e que sobre o primeiro ponto a Corte Especial já havia se manifestado previamente e, logo, apenas o segundo ponto deveria ser tratado e, sobre este, que a 2ª Seção já possuiria precedente (REsp 802.832, cuja solução fora afetada à 2ª Seção)<sup>75</sup> que fixara em sentido contrário o decidido pela 3ª Turma. Por isso o Min. Otávio de Noronha deu provimento aos Embargos.

Por sua vez o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que, como mencionado, havia sido o relator do acórdão citado pelo Min. Noronha para dar seu voto, entende que o caso que agora se apresentava, tratava de “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço” (arts. 12 e 14 – CDC), e não de “responsabilidade por vício do produto” (art. 18), sendo, então a inversão do ônus da prova *ope legis*, independentemente, pois, de atividade do juiz,<sup>76</sup> razão pela qual divergiu do relator.

Então vem o voto da Min. Maria Isabel Gallotti. Primeiramente ela aderiu à diferença feita pelo Min. Paulo de Tarso quanto à inversão do ônus de prova *ope legis* e *ope judicis*. Contudo, divergiu sobre a própria aplicabilidade do art. 12 ao caso:

*(...) porque, aqui, não foi comprovado que a ré fabricou (forneceu) o produto defeituoso, de modo a ensejar a incidência das regras de ônus probatório estabelecidas no art. 12 do CDC. Estas têm por pressuposto lógico a identificação do responsável pelo produto defeituoso,*

<sup>75</sup> Nesse caso o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Relator, advogara que a inversão do ônus da prova no CDC pode ser *ope legis* (arts. 12 e 14), quando se trata de responsabilidade pelo fato do produto/serviço – e aí caso a parte não se desincumba do mesmo o juiz irá lhe aplicar o ônus pela falta de prova –, ou *ope judicis* (art. 18), responsabilidade por vício do produto – nesse último caso o juiz deve avaliar caso a caso e, se determinar a inversão isso deve ocorrer no saneamento do processo (art. 6º, VIII) (BRASIL, STJ, 2ª Seção, REsp 802.832, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.04.2011).

<sup>76</sup> Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*). Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova. Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante. Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova. Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*ope legis*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei. A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *ope judicis*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a ‘verossimilhança’ e a ‘hipossuficiência’ a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC. (...) O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, ao abrir uma garrafa de refrigerante, teve a infelicidade de a tampa ser arremessada em direção ao seu rosto pela pressão interna da garrafa, causando graves lesões em seu olho direito. Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla a responsabilidade pelo fato do produto. Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz”.

encargo do autor da ação, o que não ocorreu no processo em exame. A sentença julgou improcedente o pedido exatamente porque não comprovado onexo causal, vale dizer, o autor não comprovou que a fabricante do produto causador do dano foi a antecessora da ré. *Não se cogitou de inversão do ônus da prova quanto à identidade do fornecedor na fase de instrução, providência decidida apenas durante o julgamento da apelação.* O autor não comprovou que a ré fabricou o produto (nexo causal). *A ré teve contra si invertido o ônus de provar que não fabricou o produto na fase de julgamento de apelação, tendo suprimida a chance de fazer a prova negativa que lhe foi atribuída em segundo grau.* (...) Ora, se o consumidor não demonstrou que o réu da ação fabricou o produto defeituoso e, portanto, é o responsável pelo dano que alegou ter suportado, não têm aplicação as regras de apresentação de provas previstas no art. 12, § 3º, do CDC (...). *Caberia a inversão do ônus de comprovar a identidade do fabricante do produto defeituoso (...), mas esta inversão tem por fundamento o art. 6º, inciso VIII, do CDC (fundamento adotado pelo acórdão da apelação e pelo acórdão embargado), e deveria ter sido determinada pelo juiz, na fase de instrução, ou ao menos seguir-se da reabertura da instrução, a fim de dar oportunidade ao réu de demonstrar que não produziu, fabricou, construiu ou importou a mercadoria reputada defeituosa”* (sem grifos no original).<sup>77</sup>

Aduz que a 3ª T. ao julgar o recurso especial mencionado acima considerara que “a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII do CDC, é regra de julgamento”. A questão que deveria agora ser decidida nos Embargos de divergência seria, tal como posto pelo Min. Noronha, apenas referente ao momento em que deveria haver a inversão do ônus da prova e, como tal questão já estava resolvida (desde o julgado mencionado pelo Min. Noronha), a Ministra vota por aplicá-lo ao caso, também dando provimento aos Embargos.

Com esse voto o Min. Raul Araújo reformou seu voto para seguir os Min. Noronha e Isabel Gallotti. Também aderiram à tese os Min. Antonio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva. Ficaram vencidos os Min. Tarso Sanseverino, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti, sendo, pois, conhecidos e providos os Embargos de Divergência por maioria de votos.

*Qual(is) “ratio decidendi” se pode auferir desse julgamento?* Do que se apreende da decisão, a Seção reafirmou posição anterior quanto à aplicação do inc. VIII do art. 6º do CDC. Também restaram acordadas a forma como devem ser aplicados os arts. 12 e 13 do CDC.

E o que dizer da discussão sobre a diferença entre a inversão do ônus de prova ser *ope legis* ou *ope judicis*? Pode-se dizer que ela seja apenas “*obiter dicta*”?

<sup>77</sup> BRASIL, STJ, EDiv REsp 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012.

Tradicionalmente se argumenta que “*obiter dicta*” seria a regra jurídica enunciada pelo julgador mas não utilizada no caso;<sup>78</sup> contudo, a diferença entre aquela e a “*ratio decidendi*” não é um dado objetivo,<sup>79</sup> mas também uma questão argumentativa.

Perceba-se que mesmo concordando que o resultado esteja correto (qual seja, que a inversão seja regra de procedimento a ser levada a cabo em momento oportuno para viabilizar a quem tiver o ônus atribuído), o que nos preocupa é a *ausência de linearidade argumentativa e a diversidade de premissas usadas pelos ministros na formação de suas decisões*, especialmente ao se perceber o modo com que trabalharam com julgados anteriores para servir de fundamento.

Enquanto o “velho” *modus decidendi* prevalecer, a prolação de julgados pelos Tribunais Superiores que cumpram a real função de uniformizar a jurisprudência e padronizar de modo legítimo somente será uma defesa teórica de difícil e perigosa implementação prática. Devemos cada vez mais problematizar as atuais premissas do funcionamento dos tribunais de modo a viabilizar e aperfeiçoar seu trabalho e a força legítima dos precedentes.

A busca de *técnicas processuais constitucionalizadas* de formação de precedentes deve ser uma das principais temáticas daqueles que se preocupam com uma abordagem de efetividade constitucional do processualismo pátrio. Caso contrário, se padronizará de modo pobre e quantitativo, com a criação de problemas ainda maiores daqueles que já possuímos.

## 6. Do Uso dos Precedentes e da Superação e Distinção no Novo CPC

Consoante os problemas que temos apontado sobre a forma como Enunciados de súmulas (e outros “precedentes”) são aplicados no Brasil, e, inclusive, à forma como os próprios precedentes são formados, é de se louvar o texto do art. 926, § 2º, do novo CPC ao determinar que: “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Com efeito, os arts. 926-928 trazem um Capítulo de “Disposições Gerais” sobre a “Ordem dos Processos nos Tribunais”. Segundo o art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Uma das formas de alcançar isso, segundo o § 1º, é que os tribunais devem editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante. Apesar de claro, esse parágrafo é complementado pelo §2º, que proíbe que tribunais editem súmulas que não guardem relação com as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o

<sup>78</sup> Ou ainda “do convencimento judicial expresso sobre questões alheias ao pedido das partes, ou da regra geral e da exceção enunciada pelo juiz mas seguida da aplicação apenas da regra geral ou da exceção, ou ainda da regra enunciada com a finalidade de encontrar, por contraposição, aquela aplicável ao caso em espécie” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*, cit., p., 276).

<sup>79</sup> *Idem*, p. 277.



formaram. Ele não surge do nada. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente.<sup>80</sup>

Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados. Estaremos inventando uma nova forma de legislação advinda de um novo poder, a juristocracia, que não apenas viola princípios constitucionais (como a separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), mas que também padece dos mesmos problemas que a crença absoluta na lei: o “problema” da interpretação.

Sim, porque, por mais que se tente acabar com a discussão a partir de um enunciado de Súmula, o fato é que este é um texto e, como tal, possui o mesmo *pathos* da lei: como não é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação, uma e outra estão sujeitas ao torvelinho da práxis que evocará interpretação.

Complementar a isso, o art. 927 traça a forma como os precedentes irão guiar a estabilidade da jurisprudência – traz, na verdade, uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes, jurisprudência e Súmulas.

O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e de Súmulas Vinculantes, mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código), ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos acórdãos e precedentes nos *incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas*. E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um caráter de obrigatoriedade. Ainda, o inc. V do art. 927 ainda acrescenta que juízes/Tribunais devem observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Já havia dispositivos que trabalhavam com precedentes no Brasil, contudo, é a primeira vez que isso é colocado de forma tão clara na lei.

Os §§1º a 4º do art. 927 tratam da forma como se deve proceder à alteração de precedentes firmados. Qualquer que seja a hipótese de alteração de entendimentos sedimentados, deve haver ampliação/pluralização do debate através da realização de “audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”. Isso é muito bom, pois mostra que, pelo papel que os precedentes (e outros) irão ter (mais até do que agora) no novo CPC, a abertura ao debate apenas contribui para seu aperfeiçoamento.

Tais previsões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do “*stare decisis*”.

<sup>80</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. *Revista do TST*, vol. 79. abr./jun. 2013.

Lembramos que, para que a decisão seja considerada fundamentada (art. 489, §1º), da mesma forma que não basta apenas citação de lei, não basta a mera invocação de precedente ou súmula. O magistrado tem de mostrar de que forma estes se moldam ao caso, o que significa aquele exercício hermenêutico de que tratamos, a saber, seja no caso de precedente, seja no de Súmula, há de haver o confronto entre questões de fato e de direito entre o paradigma e o caso *sub judice*.

De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em súmula, jurisprudência ou precedente, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um “*distinguishing*” (distinção) ou um “*overruling*” (superação).

Há de se pontuar, ainda, o delineamento mais claro da distinção no art. 1.037 no que pertine aos recursos Extraordinário e Especial repetitivos.<sup>81</sup>

## 7. Provoações Finais

Como se pode notar, estamos muito longe em perceber a verdadeira importância do direito jurisprudencial em nosso país.

E o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados a tendência de padronização decisória (no âmbito legislativo ou de aplicação) se seduzam com o argumento simplista de que “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro.

Evidentemente que se trata de uma tendência inexorável.

E isso torna a tarefa, de todos os envolvidos, mais séria, especialmente quando se percebe toda a potencialidade e importância que o processo e a jurisdição, constitucionalizados em bases normativas consistentes, vem auferindo ao longo desses mais de 25 anos pós Constituição de 1988.

Não se pode reduzir o discurso do Direito Jurisprudencial a uma pauta de isonomia forçada a qualquer custo para geração de uma eficiência quantitativa.

Precedentes, como aqui se afirmou, são princípio(s) (não fechamento) da discussão e aplicação do direito. Eles não podem ser formados com superficialidade e aplicados mecanicamente.

---

<sup>81</sup> “Art. 1.037. § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. § 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido: I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau; II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem; III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem; IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado; § 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias; § 12. Reconhecida a distinção no caso: I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único; § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá: I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II – agravo interno, se a decisão for de relator”.

Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes. Para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil.

O Novo Código de Processo Civil procura lidar com muitos dos problemas aqui aventados, valorizando o contraditório e incorporando institutos e mecanismos para racionalizar a formação e o uso dos precedentes que permitirão a formação paulatina de uma nova racionalidade decisória.

Há de perceber finalmente no Brasil que ao direito jurisprudencial se aplica a advertência de Duxbury que “certamente, seguir precedentes com o fim de gerar estabilidade doutrinária ou o encerramento do debate jurídico dificilmente será louvável onde flexibilidade e abertura são as qualidades que servem melhor aos litigantes”.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> No original: *Of course, following precedents in order to generate doctrinal stability or legal closure will hardly be laudable where flexibility and openness are the qualities that serve litigants best.* DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 159.