



Embate doutrinário para a definição de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro: a lógica do novo Código de Processo Civil¹

Leonardo Lara Resende; Mariana Alves Lara²

Faculdade de Direito Milton Campos

Resumo

Ao longo do tempo, as leis se tornam defasadas e novos comandos são necessários para integrar o ordenamento jurídico. Este ciclo não é único ao direito material, mas consagra também, o direito processual. As mudanças ocorridas nas relações sociais surtem efeitos na forma de como pleitear as demandas advindas do convívio. Sob essa concepção, o novo Código de Processo Civil veio propor mudanças no processo e nos institutos que fazem parte desse meio para alcançar a pacificação social, exercida em detrimento da função estatal de prestar a jurisdição. Neste contexto, a nova lei invocou a criação de precedentes. Assim, doutrinadores buscam, num primeiro momento – antes que os próprios tribunais apontem, de fato, o que são precedentes, - definir quais decisões e circunstâncias são passíveis de vincular outras futuras. Logo, diversas concepções são formadas, visando dissecar as disposições do artigo 927 do Código em questão, para que se decida se o rol é taxativo ou exemplificativo, tudo em prol da melhora da prestação judicial no Brasil, atendendo os anseios do tempo – marcados pela fluidez nas relações sociais, que demandam alterações, inclusive, na prestação jurisdicional e na aplicação do direito.

Palavras-chave: Precedentes; Código de Processo Civil; *Common Law*; *Civil Law*

Introdução

A vigência do novo Código de Processo Civil (CPC) colocou em voga o instituto do precedente, que tem como intuito aprofundar a ideia do stare decisis no ordenamento jurídico brasileiro, vislumbrando uniformizar decisões e estabelecer meios que possibilitem reaperceber a ideia de segurança jurídica, também reconhecida na jurisprudência (ANDREASSA JUNIOR, 2015).

O ordenamento jurídico brasileiro, que é de tradição romanística, já vem, há algum tempo, adotando preceitos da teoria oposta (common Law), confirmando o

¹ Leonardo Lara Resende. Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pesquisador da FAPEMIG.

² Mestre em Direito. Orientadora. FDMC. mariana@mcampos.br

anseio por segurança jurídica, como dito, por meio da jurisprudência, por exemplo. De fato, desde a gênese da concepção pós-positivista nota-se a amplitude de outras fontes do direito além da lei vigorando nos países que adotam o civil law.

Dessa forma, a interdisciplinaridade entre os dois sistemas jurídicos possibilitou o aumento de meios para a prestação jurisdicional. No entanto, não é possível afirmar que tal disposição é totalmente útil para o uso desses meios, uma vez que cada um dos sistemas consagram elementos próprios. A análise da teoria do precedente demonstra que a essência desse instituto propõe que a sua formação e superação ocorram de maneira dinâmica, em razão dos institutos que regem este aparato processualm quais sejam, *overruling*, *distinguishing*, *transformation*, além de outros, ainda mais específicos sem relevância no atual estágio do presente estudo. (ANDREASSA JUNIOR, 2015).

Tendo em vista o quadro atual de como se localiza este instituto na atualidade, há de se analisar a situação da justiça brasileira. Imperioso destacar que considerando que no Brasil, em 2015, o Poder Judiciário encerrou o ano com quase 74 milhões de processos em tramitação e que desses, 27.280.287 figuram novos casos e, 28.479.058 foram baixados, pode-se apontar que cerca de 45 milhões de processos permaneceram pendentes. Logo, a quantidade de processos se torna um problema ao passo que não há uniformidade em relação a algumas matérias e se demanda mais tempo dos julgadores para a prestação jurisdicional. A partir disso, é possível afirmar que a situação da Justiça brasileira é caótica (CNJ, 2016).

Dessa forma, o primeiro aspecto a ser considerado para a necessidade de estabelecer o que é, de fato, o precedente no novo código de processo civil, é o congestionamento da Justiça, pois, como foi apontado, impede a resposta ao jurisdicionado em tempo hábil e dificulta o andamento do processo pela falta de instrumentos processuais dinâmicos, como o precedente. Através dele, pode-se destacar a possibilidade de melhorar o funcionamento do poder judiciário.

Outra demanda constante que enseja a definição do que é o precedente, é a possibilidade de este artifício gerar segurança jurídica. Pois, num ordenamento de tradição romanística, que é calcado no método dedutivo - fundado na interpretação legal, as decisões ficam veementemente adstritas ao posicionamento dos magistrados e, no contexto o qual se insere essa prática, a delimitação do precedente pode ser capaz de surtir alterações positivas.

Assim, é importante esclarecer que a segurança jurídica visada na utilização dos precedentes concerne à concretude de uma norma estabelecida pela razão, viabilizando uniformidade e previsibilidade. Diferente da certeza, enquanto um elemento que reconhece, precipuamente, a existência e validade de um direito que, nessa lógica, não pode ser superado ou indagado por uma razão maior.

A partir daí, surge o principal motivo para o desenvolvimento dessa reflexão: os precedentes utilizados no common Law são formados por elementos próprios que estão adstritos aos usos e costumes dos ordenamentos jurídicos sob essa tradição. A aplicabilidade desses não pode se dar sem critérios no ordenamento brasileiro, visto que a lógica processual aqui é outra.

Logo, doutrinadores buscam, num primeiro momento – antes que os próprios tribunais apontem, de fato, o que são precedentes, - definir quais decisões e circunstâncias são passíveis de vincular outras futuras. Logo, diversas concepções são formadas, visando dissecar as disposições do artigo 927 do Código em questão, para que se decida se o rol é taxativo ou exemplificativo, tudo em prol da melhora da prestação judicial no Brasil, atendendo os anseios do tempo –marcados pela fluidez nas relações sociais.

Objetivo

Dessa forma, analisando a relação – cotidiana - e histórica do judiciário, além do momento em que se vive, analisou-se a incorporação do precedente no conjunto de normas aplicáveis no país. Assim, buscou-se, através da análise da teoria do precedente, das disposições do Código de Processo Civil de 2015 e das ponderações doutrinárias, estabelecer o que é o precedente no novo Código de Processo Civil na visão dos doutrinadores.

Metodologia

A presente pesquisa é teórica, fundada em pesquisa documental indireta, através da interpretação da lei processual, assim como produções de renomados doutrinadores pátrios no âmbito do Direito Processual Civil. O método adotado é jurídico compreensivo.

Resultados e Discussão

A definição de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é objeto de um embate entre os doutrinadores, pois a análise dos posicionamentos demonstra ampla discordância e discrepância entre os entendimentos. A uma, porque a própria lei processual não definiu os parâmetros e os requisitos para uma decisão ser considerada precedente.

Além disso, como já mencionado, a teoria do precedente é estruturada para ser aplicada no *common law*, dessa forma, a adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro deve ser criteriosa e demanda, ainda, aderência pelos destinatários dos precedentes.

Fredie Didier Júnior, Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, definem os precedentes como a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, na qual o elemento normativo pode servir como base para o julgamento de casos semelhantes. E propõem ainda, que o precedente deve ser reconhecido quando composto: por circunstâncias exatamente iguais e não logicamente interligadas; pela *ratio decidendi*, ou, razão para aquela decisão; e, pela argumentação jurídica em torno da questão. Ou seja, consagram como precedente a decisão que corresponde a elementos análogos em casos que serão submetidos a apreciação jurisdicional. Distinguem *ratio decidendi* e *obiter dictum* –argumentos que somam a decisão, mas não a fundamentam diretamente (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Humberto Theodoro Júnior aponta que no antigo Código de Processo Civil, já eram admitidos precedentes no ordenamento jurídico. Nesse contexto, o autor defende que esses precedentes já existentes classificam-se de acordo com os efeitos que eles produzem. Assim, ele denomina os precedentes como vinculantes; com força obstativa de recurso; e persuasivos. Além disso, propõe que, com a vigência do novo CPC, o precedente ganha mais espaço e aproxima-se do *common law*, devendo ser consideradas precedentes, também, as decisões dos tribunais superiores (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Para Elpídio Donizetti, os precedentes no *civil law* têm a função de orientar a interpretação da lei, uma vez que esta se dá de forma diferente, segundo o entendimento de cada magistrado –fato que causa insegurança jurídica. Nesse contexto, dispõe que existem precedentes com força cogente –que obrigatoriamente devem ser aplicados- e outros que não surtem esse mesmo efeito. Propõe ainda que frente aos precedentes criados pelo STF e STJ a vinculação deve ser vertical. Por fim, destaca que a criação dos precedentes deve se dar dentro da disposição legal, haja vista que o juiz não pode ir

além do que já foi delimitado pelo legislador e que a *ratio decidendi* é o que vincula os demais casos, os demais argumentos não (DONIZETTI ELPÍDIO, 2017).

Eduardo Talamini, alude que o CPC/15 não inovou com a criação dos precedentes, mas apenas positivou aquilo que já vinha acontecendo na prática. Nesse diapasão, dispõe que o precedente daqui não se confunde com o precedente do *common law*. Dessa forma, os classifica como decisões que já são criadas com o intuito de gerar a aplicação a casos posteriores e similares.

Segundo Eduardo, a vinculação de decisões é atributo da própria organização judicial, de modo que as decisões dos tribunais superiores devem se sobrepor às demais. Além disso, trata da vinculação sob três acepções, são elas: i) vinculação fraca, que diz respeito à eficácia persuasiva de uma decisão, como as decisões jurisprudenciais, por exemplo; ii) vinculação média, que concerne à possibilidade de um magistrado aplicar determinada decisão em face de uma disposição de um tribunal superior e, por fim, a iii) vinculação forte, que trata das questões que afrontam a constitucionalidade de leis. Dessa forma, encerra a explanação apontando que o CPC ampliou as hipóteses de precedentes vinculantes, mas as restringe nas hipóteses do art. 927, do CPC (TALAMINI EDUARDO, 2016).

Lênio Streck, Dierle Nunes, Leonardo da Cunha e Alexandre Freitas apontam que o fato do CPC/15 estabelecer o sistema de precedentes não torna o ordenamento jurídico brasileiro adepto do *common law*. Para eles, os precedentes em que recaem as abogagens da lei brasileira não guardam relação com os demais, uma vez que aqui já existe a predisposição para a criação de precedentes, diferente do outro sistema jurídico, em que este emerge ocasionalmente. Outra distinção concerne ao fato de que os precedentes existentes aqui não geram uma aplicação obrigatória aos casos posteriores, mas sim, devem ser suscitados na fundamentação dos magistrados (quer aplicando, quer afastando) como reforço da fundamentação. Além disso, ressaltam a tendência de vinculação vertical, ou seja, apenas decisões de tribunais superiores geram a força vinculante objeto do *stare decisis*.

Dessa forma, o precedente na sistemática do novo código tem disposições próprias, de modo que não confunde, também, com jurisprudência, mas partilham dos mesmos objetivos. Sua aplicação deve se dar ponderadamente, levantando aspectos como a *ratio decidendi* e *obiter dictum* (STRECK LENIO, NUNES DIERLE, CUNHA LEONARDO, 2016).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ressaltam não haver nenhuma referência legislativa ao art. 927 no CPC/73. Inferem, ainda, que o juiz está vinculado à Constituição e às Leis, superada as disposições ultrapassadas do positivismo na Escola da Exegese. No entanto, apontam que o juiz –que não deve ser a boca da lei-, não deve ser também a boca dos tribunais. Nesse contexto, aludem que não existe subordinação dos juízes aos tribunais superiores, excetuadas as hipóteses de admissão de recursos. Desta forma, as disposições do art. 927 dizem respeito à mera observação das decisões ali elencadas (JUNIOR NELSON, NERY ROSA, 2016).

Na visão de Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, a noção de precedente tem relação com a autoridade material dos Tribunais Superiores. Nem toda decisão é um precedente. Para fazer jus à esta classificação é imprescindível o elemento *ratio decidendi* na decisão. Além disso, faz-se necessária a análise de todas as circunstâncias fáticas que envolvem o caso em questão. Para a aplicação de um precedente, segundo esses autores, é preciso que as partes já tenham se manifestado sobre a sua *ratio*, para que sejam garantidos os princípios do contraditório e ampla defesa. O raciocínio deve ser sempre pontual na aplicação de um precedente, de modo a analisar as hipóteses de distinção e superação (MARINONI GUILHERME, ARENHART SÉRGIO, MITIDIERO DANIEL, 2017).

Thomas da Rosa de Bustamante diverge desses posicionamentos, apontando que a partir de toda a interpretação retirada de um caso, pode-se apontar o reconhecimento de um precedente, não limitando as circunstâncias para criá-lo-. Na visão do autor, a análise da teoria do precedente demonstra que este instituto forma-se através de uma *ratio decidendi*, que consiste numa razão para aquela decisão, obtida através da interpretação da circunstância fática à luz do Direito. No entanto, Thomas da Rosa de Bustamante, propõe que uma decisão reconhecida como precedente faz jus a esse título se analisada de forma mais ampla.

Dessa forma, a análise de uma decisão –que pode vir a ser precedente- deve ser fundada, para ele, num contexto abrangente, levando-se em conta não apenas uma razão considerada maior, mas também, consideradas aquelas outras definidas como obter dictum, que são, na teoria do precedente, argumentos que não se apresentam definidores da razão extraída, mas que têm determinado peso na decisão. Assim, somando-se todos os conteúdos de uma decisão, pode-se falar em *rationes decidendi*, ou seja, várias razões.

Logo, aduz que pode-se considerar, na atual fase em que se insere o estímulo ao precedente, que este instituto deverá ser estruturado através de uma base filosófica, que contempla a razão das decisões em forma de uma cadeia, que soma vários silogismos – premissas e conclusões que se adéquam a casos genericamente, que são, individualmente, ratio- para originar um raciocínio interpretativo constituído de rationes decidendi, capazes de gerar efeitos e serem reconhecidos como precedentes não limitados a uma só razão definidora da decisão.

A partir dessa proposição, defende que é importante definir que a ratio decidendi será analisada sob novo aspecto considerando que a reconstrução da ratio decidendi – isto é, das regras adscritas que têm força de precedente- deve ser, portanto, uma elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de uma decisão judicial. E, assim, visando o reconhecimento de um precedente - por meio da ratio- e a possibilidade de transformá-lo em premissas normativas, ou seja, parte de um desenvolvimento silogístico –rationes-, sendo este o ponto de partida para o raciocínio e análise de decisões para busca do que é o precedente introduzido no novo CPC. (BUSTAMANTE, 2012).

Considerações Finais

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romanística, a aplicação do direito é feita pelo método dedutivo –fundado na interpretação legal, de modo que as decisões fiquem veementemente adstritas ao posicionamento dos magistrados (MENDES; MARINONI; ALVIM, 2014).

Além disso, a interpretação dos novos comandos processuais feita pelos aplicadores do direito em sentido *lato* –advogados, juízes, promotores e todos que dispõem da lei processual-, é um fator crucial para a aplicação e manuseio dos institutos incorporados pela nova legislação.

Dessa forma, a doutrina, ao definir os novos instrumentos –jurídico-processuais, em questão- presentes no conjunto de normas –seja por demandas sociais, seja por demandas jurídicas, em razão da necessidade de novos comandos de direito processual- norteia os que carecem de demandas judiciais, para que as requeira da maneira correta e pelas vias mais úteis, consagrando os princípios processuais inerentes ao respectivo instituto incorporado, v.g, princípio da fundamentação e duração razoável do processo, nos precedentes. Além disso, tem o papel de firmar posicionamentos e teses que reforcem o uso e aplicação de determinado instituto.

Dado o exposto, nota-se que os autores aludidos tendem, em maioria, firmar um entendimento de modo a arrolar as hipóteses para a criação de precedentes. Uma das justificativas se dá em face da diferença de estruturação entre *civil law* e *common law*, de modo que ampliar a possibilidade de situações para a formação de precedentes pode ser prejudicial ao interesse social –pela forma de organização judiciária do Brasil, por exemplo. Logo, no contexto no qual se insere o Código de Processo Civil, a indicação doutrinária concerne à interpretação literal do artigo 927, de modo a limitar a apenas algumas decisões darem ensejo a formação de precedentes que, de fato, têm força vinculante.

Infere-se, ainda, que ao estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a criação dos Precedentes (instituto jurídico-processual próprio do *common law*), é preciso estabelecer que as disposições adotadas neste diploma legal consagra elementos próprios, diferentes daqueles adotados na teoria supracitada. Pode-se apontar, portanto, uma recriação da teoria do precedentes, dotada de elementos próprios observados à luz da organização judiciária brasileira, bem como pela forma de aplicação pelos operadores do direito.

Dessa forma, fica claro que a vinculação dos precedentes dispostos no rol do art. 927, do CPC/15 deve se dar de forma vertical, ou seja, a obrigatoriedade de aplicação de uma decisão já proferida será verificada sobre os juízes monocráticos e Tribunais de Justiça. Essa obrigatoriedade se dá em razão da hierarquia dos Tribunais Superiores sobre os demais, fazendo com que perpassem sobre algum entendimento já proferido. Porém, não obsta que a *ratio* do precedente admitido seja afastada, desde que fundamentada pelo uso dos institutos da teoria do precedente, consagrando sempre o princípio da fundamentação, corolário da ideia do *stare decisis*.

Assim, a delimitação do precedente pode ser capaz de surtir alterações positivas na aplicação do direito e no funcionamento da justiça. Tal proposição se confirma ao passo que, no ano de 2015, o Poder Judiciário encerrou o ano com quase 74 milhões de processos em tramitação e que desses, apenas 28.479.058 foram baixados, fato que demonstra a necessidade processual –e social, se analisado sob a ótica do princípio constitucional consagrado no artigo 5º, XXXV, da Carta de 1988- da criação e definição de institutos hábeis a reverter essa situação, como os precedentes (CNJ, 2016).

Infere-se, ainda, que estes institutos não se limitam a concretizar quantidade na prestação jurisdicional, mas também, a efetivarem a aplicação do direito, de modo que ensejam, como exposto anteriormente, a concretude da norma, satisfeita pela segurança

jurídica, bem como pela previsibilidade da decisão, afastando demais surpresas e inexatidões no pleito judicial.

Referências

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Ativismo judicial: Integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário. ed. 22. Curitiba: Juruá, 2015. p. 58, 65, 70

BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De. Teoria do precedente judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2012. p. 270

CNJ. Cnj- justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 out. 2016

CÓDIGO CIVIL DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Lei 10.406. Planalto. Documento Eletrônico. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em 20 de Fevereiro de 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Planalto. Documento Eletrônico. Disponível em: Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

DE CASTRO, Aluisio Gonçalves; MARIONI, Luiz Guilherme; ALVIM, Teresa Arruda. Direito jurisprudencial: Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito contemporâneo brasileiro. 1. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 2014. p. 14

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A.. Curso de direito processual civil: Precedente Judicial. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 456

JUS BRASIL . Artigos. Disponível em: <<https://elpidiidionizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Process Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 3. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017) Página 1005.

MIGALHAS. Migalhas de peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado/ Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. – 16. Ed. Ver., atual e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016) pagina 1961

STRECK, Lenio Luiz. Art. 927; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 1191-1209



THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: Volume 1. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 32