



CRÍTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA CIVIL LAW

George Lucas da Silva Castro¹
Gil César Costa de Paula²

Resumo

O presente estudo teve como foco discutir um dos mais controversos temas do moderno direito brasileiro, o precedente judicial. Partiu-se do pressuposto que a importação de institutos jurídicos advindos de sistemas diversos do pátrio, pode ser danoso, dada a pouca familiaridade com relação a eles. Depreendeu-se, do mesmo modo, que criticar tais inovações fariam com que elas se tornassem melhores ao longo do tempo, já que somente a partir da crítica é que se torna possível identificar possíveis problemas e, por consequência, buscar soluções para eles. Desta forma, este trabalho visou colacionar algumas das principais críticas trazidas pela melhor doutrina sobre o tema do precedente judicial, com o intuito não de extirpa-lo do ordenamento, mas torna-lo mais eficiente. Tais críticas são, basicamente, sobre problemas de ordem estrutural, cultural e histórica, onde fica demonstrado que o Brasil está longe de se valer, sem maiores problemas, deste importante instituto da *Common Law*. No entanto, como se verá ao longo de sua leitura, o trabalho deixou claro que o precedente é bem-vindo, entretanto, o que se põe em controvérsia é justamente a forma com que vem se dando sua implementação.

1 Graduando em direito da PUC-Goiás.

2 Sociólogo, doutor em educação, pós doutorado em direito, professor do curso de direito da Escola de Direito e Relações Internacionais da PUC Goiás, Analista Judiciário do TRT 18 Região, bacharel em direito, mestre em direito.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; *Civil Law*; Vinculação da Jurisprudência; Críticas ao Precedente.

INTRODUÇÃO

O efeito vinculante das decisões judiciais está entre os temas mais polêmicos do universo jurídico. De um lado, há quem acredite que apenas a lei é fonte de direito, do outro, aqueles que asseveram que a jurisprudência também é.

Ocorre que essa divergência de pensamentos fez com que surgissem duas grandes tradições jurídicas: a *common law* e a *civil law*. Esta, à qual o sistema brasileiro pertence, tem na lei sua principal fonte de direito. Aquela, tem na jurisprudência.

O Brasil tem uma situação peculiar ante a este cenário, pois, apesar de ter seu germe na escola romano-germânica (propulsora da *civil law*), também foi influenciada pela *common law* norte americana, tornando-se, para alguns e para o autor deste trabalho, um sistema híbrido.

Este hibridismo possibilitou com que surgisse, no Novo Código de Processo Civil, a figura do precedente judicial (arts. 926 e 927), advinda da escola anglo-saxã, que tem como principal objetivo dar maior segurança jurídica às decisões judiciais.

O presente trabalho consiste em tecer algumas críticas a esta emergente novidade, já que se entende, assim como Maurício Ramires, que uma adoção precipitada de institutos pertencentes a outros sistemas jurídicos pode ser prejudicial, graças à falta de familiaridade com eles. (RAMIRES, 2016, p. 253)

Desta forma, o trabalho se divide em três capítulos. No primeiro, serão exploradas as bases que sustentam o hibridismo do sistema jurídico brasileiro, buscando responder à questão da compatibilidade entre os precedentes e o ordenamento nacional.

No segundo, será feita uma análise técnica, buscando vislumbrar qual o sentido que o legislador quis dar ao precedente judicial brasileiro, aproveitando neste capítulo para esclarecer conceitos e procedimentos.

No terceiro e último capítulo, serão trazidas algumas críticas entendidas como necessárias para o hodierno debate da “precedentalização” do sistema processual pátrio, apresentando soluções cabíveis para a problemática.

Perceba que o trabalho segue uma linha coerente, já que primeiro situa o leitor, historicamente, sobre o ponto que o Brasil ocupa ante estas grandes tradições; depois, explica o que os principais doutrinadores brasileiros entendem pelo instituto; e por último, após fixadas as bases para a discussão, traz algumas das críticas tecidas ao longo destes quase cinco anos de vigência do precedente em nosso ordenamento.

BRASIL, ENTRE DUAS TRADIÇÕES

As duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental consistem em *civil law*

e *common law*. Tais tradições abarcam certas diferenças, Estefânia Barboza ensina que:

O *common law* se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do *civil law*: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um *judge-made-law*, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado; v) sofreu pouco influência do direito romanista (BARBOZA, 2014, p. 44).

Estas tradições, por muitos séculos, foram consideradas dicotômicas, porém, atualmente, alguns doutrinadores apontam que, apesar das diferenças, há países que se utilizam dos institutos de ambas escolas, sendo o Brasil um exemplo.

Desta feita, apesar de ser um país de origem romano-germânica, como se verá abaixo, a adoção de institutos como a *judicial review*, a súmula vinculante e a *stare decisis*, fizeram com que o Brasil tivesse características muito fortes da tradição anglo-saxônica, o que denuncia o hibridismo deste sistema. “Veja-se bem, a tradição brasileira é portanto peculiar, apresenta traços das tradições europeias e norte-americana, daí o seu hibridismo” (ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 39).

Partindo do pressuposto que, em sua gênese, a tradição brasileira é inegavelmente de *civil law*, expõe-se um breve resumo da evolução da *common law* neste sistema, para que se torne possível identificar o seu hibridismo.

Da Judicial Review ao Stare Decisis

O direito brasileiro, indubitavelmente, têm seu berço na *civil law*. Como colônia de Portugal, o Brasil sofreu a influência do direito deste país, que foi amplamente adepto aos ensinamentos da escola romano-germânica.

Ocorre que, desde sua independência,

o Brasil teve oito constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Ao longo destas cartas, o país passou a sofrer outras influências, que o aproximaram da *common law*, e que permanecem até hoje.

Em 1891, houve o surgimento da primeira Constituição Republicana brasileira, que, pela sua influência do direito constitucional norte-americano, recepcionou o instituto *judicial review*, que era a possibilidade de revisão dos atos do poder público e dos particulares, adequando-os à Constituição. Tal revisão era feita pelo Poder Judiciário. “A função que antes era atribuída ao Poder Moderador, de zelar pela harmonia e equilíbrio entre os poderes políticos, passou a ser atribuída ao Judiciário” (ZANETI JÚNIOR., 2019, p. 52).

Desde o seu surgimento, a *judicial*

Outro instituto da *common law* adotado pelo sistema jurídico brasileiro é a sumula vinculante. Foi incorporada em 2004, na Emenda Constitucional nº. 45. Naquela época, a súmula em si não foi uma novidade, já que desde a Emenda Regimental de 28/03/1963, tal instituto já passou a fazer parte do ordenamento nacional, entretanto, nesta época a súmula tinha caráter apenas persuasivo, e hoje, vinculante.

A súmula vinculante representou a adoção do *stare desisis*, que é a “doutrina de vinculação de precedentes (*doctrine of binding precedentes*), identificada pela ideia de que não se move o que está quieto, advinda do vocábulo latino *stare decisis et non quieta movere*” (ROSA, 2016, p. 54). Assim, o que estava sumulado não poderia ser discricionariamente modificado. Em outras palavras, pela primeira vez, o direito

“Por isso, apesar de ter na lei sua principal fonte de direito, o ordenamento brasileiro não pode ser considerado um sistema de *civil law* puro, já que se utilizou, ao longo de sua breve trajetória jurídica independente, amplamente de institutos da *common law*.”

review sempre esteve presente em nosso ordenamento, ganhando previsão expressa na Constituição de 1946 (art. 141, §4º). Atualmente, é garantida como direito fundamental, tendo previsão no art. 5º, inciso XXXV, da Carta de 1988, preceituando que nem mesmo a lei excluirá da apreciação judiciária ameaça ou lesão a direito, em outras palavras, o Poder Judiciário detém a função de amoldar ou até excluir do ordenamento as leis que não estejam de acordo com a Constituição.

Percebe-se que desde o advento da *judicial review*, o Poder Judiciário alcançou uma nova importância, não se limitando a apenas ser “boca da lei”. Passou, portando, a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, amoldando a própria lei infraconstitucional e os atos dos demais Poderes ao texto constitucional.

jurisprudencial passa a deter eficácia vinculante, e as demais decisões e atos deveriam se amoldar tanto ao texto da lei, quanto a estas decisões.

Por isso, apesar de ter na lei sua principal fonte de direito, o ordenamento brasileiro não pode ser considerado um sistema de *civil law* puro, já que se utilizou, ao longo de sua breve trajetória jurídica independente, amplamente de institutos da *common law*.

Com a possibilidade de vincular através de decisões, e pela própria importância que o Judiciário ganhou, podendo aferir a constitucionalidade de atos tanto do Poder Legislativo quanto do Executivo, o sistema jurídico brasileiro ocupa um ponto especial dentre os sistemas jurídicos contemporâneos, devendo receber a alcunha de sistema híbrido.

Compatibilidade entre o Precedente e o Sistema Brasileiro

Por todo o exposto, é notório que o sistema brasileiro não se baseia apenas na *civil law*. Ao longo de sua história, alguns institutos da *common law* foram utilizados e serviram bem para o desenvolvimento do Judiciário pátrio. Desta vez não será diferente. Há sim como se importar o instituto dos precedentes judiciais, mesmo advindo ele de outra tradição jurídica, não havendo que se falar em incompatibilidade.

Aliás, é uma tendência mundial que essas tradições não sejam mais consideradas totalmente opostas, os próprios países de origem *common law* vem adotando diretrizes de origem *civil law*. Anota Pugliese que:

A estrutura pura da *common law* não existe. Desde o seu início, na Inglaterra, as leis escritas exerciam um papel considerável. Atualmente a legislação é uma das principais formas de controle utilizadas pelos países de tradição anglosaxã como forma de regular os avanços industriais e muitas outras matérias. (PUGLIESE, 2011, p. 32)

Ocorre que, sempre que houve adoções de institutos da *common law* no Brasil, eles foram contrapostos por grandes doutrinadores, que não serviram para derrubá-los – apesar de muitos terem este objetivo –, mas sim para aperfeiçoá-los e torna-los mais úteis ao sistema nacional.

Por isso, neste trabalho, não se tem como foco excluir do país tal instituto – até porque se tem consciência do alcance do mesmo –, mas mostrar o que grandes juristas vem expondo sobre o precedente brasileiro, para que, além de trazer outros estudiosos ao debate, possa-se promover uma melhor utilização do precedente, servindo ele (o precedente) não para problematizar ou burocratizar o sistema jurídico brasileiro, mas para melhorá-lo.

CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Antes de apresentar as críticas,

é necessário tecer alguns apontamentos sobre como o precedente foi instituído no ordenamento brasileiro, a fim de conhecê-lo e identificar quais decisões podem ser consideradas precedentes, e como eles podem ser modificados.

Alexandre Câmara ensina que precedente é “um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (CÂMARA, 2015, p. 425).

Entretanto, é importante ressaltar que nem toda decisão judicial é um potencial precedente. Diferente do que ocorre em países de tradição *common law*, aqui, o precedente já nasce precedente, isto é, ele não espera que novas decisões o tomem como base para que possa ter seu efeito vinculante. Então, já se define, em seu nascedouro, o seu efeito vinculante, não esperando que outras decisões o legitimem para tal.

De outro passo, muitos se enganam em acreditar que as decisões previstas no art. 927 do CPC/15 são todas precedentes vinculantes. Ocorre que este artigo apenas traz o “dever de observação” por parte dos



juízes e tribunais, o que é muito diferente do dever de vinculação. Destarte, há ali sim decisões que são precedentes dotados de efeito vinculante, entretanto, algumas são utilizadas apenas para fins argumentativos ou persuasivos, por isso a doutrina moderna divide os precedentes em duas espécies: vinculantes e não-vinculantes (argumentativo ou persuasivo).

Assim, das decisões previstas no art. 927, apenas as do inciso I, II e III tem efeito vinculante, as demais (IV e V) são utilizadas apenas para fins persuasivos. E o efeito vinculante daqueles incisos (I, II e III) vem, respectivamente, do art. 102, I, “a” e 103 da CF, que trata da vinculação das decisões em controle concentrado de constitucionalidade; do art. 103-A, também da CF, que trata do efeito vinculante da súmula do STF; e do art. 1.036 e 1041 do CPC, que consagra os institutos da assunção de competência e resolução de demandas e recursos repetitivos.

Ocorre que, apesar do efeito vinculante, as decisões do inciso I ao III não são todas precedentes. É porque súmula não é precedente. Súmula é um extrato de jurisprudência, ou seja, um conjunto das decisões judiciais que demonstram como o tribunal vem decidindo sobre determinado assunto. Como já visto, o precedente judicial trata-se apenas de uma única decisão, empregada como base para outras decisões posteriores a ela.

Assim, tem-se que apenas os incisos I, III, e V, do artigo em tópico são precedentes, já que os incisos II e IV tratam das súmulas, mas apenas o inciso I e III tem efeito vinculante. Por isso, apenas *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade* (art. 927, I, CPC); *os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos* (art. 927, III, CPC) são precedentes vinculantes. O precedente do inciso V, serve apenas para fins argumentativos.

Fundamentos Determinantes

Sabe-se que o precedente advém de uma decisão ou acórdão judicial que, analisando um caso concreto, tem eficácia vinculante para decisões posteriores. No entanto, qual elemento da decisão é responsável por esta vinculação?

É fácil notar que tal eficácia vinculante não pode decorrer da parte dispositiva da decisão. O dispositivo, é notório, só visa o julgamento do caso concreto, só vinculando as partes do processo em questão. Em outras palavras, não interessa para o precedente vinculante saber se uma parte saiu ou não vencedora.

A eficácia vinculante não existe para que em todos os casos futuros todos os autores ganhem, ou para que todos os pedidos sejam julgados precedentes. A eficácia vinculante existe para que, diante de um novo caso idêntico ao anterior, a nova decisão seja baseada nos mesmos fundamentos determinantes (CÂMARA, 2015, p. 440).

Assim sendo, o que vincula no precedente são os *fundamentos determinantes* (expressão empregada duas vezes pelo CPC/15: art. 489, §1º, V e art. 979, §2º). Então, tem-se que os fundamentos determinantes são aqueles acolhidos expressamente pela maioria dos integrantes da turma julgadora, em uma decisão colegiada. Os demais fundamentos, não acolhidos pela maioria, não são tidos como determinantes, por isso não podem vincular.

Tradicionalmente, denomina-se de *ratio decidendi* os fundamentos determinantes e *obiter dictum* os não determinantes, isto é, os que não ganharam acolhida da maioria dos julgadores.

Superação e Distinção dos Precedentes

Por não ser o direito estático, todo sistema fundado em precedentes necessita reconhecer a possibilidade de superação (do termo inglês *distinguishing*) e distinção (da expressão inglesa *overruling*) de seus julgados, mantendo o ordenamento jurídico em constante evolução.

Overruling

O *overruling* é a superação do precedente. Pode se dar pela revogação do dispositivo legal que lhe servia de fundamento ou até por uma mudança cultural (um exemplo dado pela doutrina seria o conceito de família no Brasil, que sofreu modificações ao longo do tempo). Neste sentido, o enunciado 322, do Fórum Permanente de Processualistas Civis, assevera que a “modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria”(FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 47).

Têm-se que o *overruling* “evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles

quando a parte demonstra para o julgador que seu caso não se assemelha ao precedente, que se queira invocar para decidir seu caso.

É interessante notar que a técnica só é empregada quando se verifica que o precedente possa ser aplicado ao caso concreto. Em outras palavras, apenas se houver a possibilidade de aplicação do precedente ao caso *sub judice*, haverá a possibilidade de se apelar para a técnica de *distinguishing*.

A técnica *distinguishing* é oposta à analogia. Na analogia busca-se os elementos que tornam semelhantes os casos para que possam receber a mesma decisão. Na distinção, busca-se os elementos que as diferenciam, para que possa ser afastada a aplicação do precedente. Ocorre uma exceção, no caso em julgamento, que impede que o juiz fundamente sua decisão no precedente.

“Em outras palavras, apenas se houver a possibilidade de aplicação do precedente ao caso *sub judice*, haverá a possibilidade de se apelar para a técnica de *distinguishing*”.

continuar a ser aplicados” (CÂMARA, 2015, p. 438).

No entanto, não se pode pensar que a superação do precedente acarreta na rescisão do julgamento que lhe originou. Em outras palavras, como se sabe, o precedente advém do julgamento de um caso concreto, tal caso, que embasou a criação do precedente, não deve ser modificado se houver uma posterior modificação do precedente. É que a eficácia vinculante se dá para outros processos, e não para o que lhe originou, respeitando-se, desta forma, a coisa julgada.

Distinguishing

A técnica de distinção é utilizada para se afastar a aplicação do precedente. Ocorre

CRÍTICAS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A Tradição de Adesão à Conclusão e Não à Fundamentação

No sistema brasileiro o próprio legislador determinou quais são as decisões que devem ser consideradas precedentes, *vide Capítulo 2*. Tais decisões consistem em acórdãos prolatados pelo STF em controle de constitucionalidade ou pelos demais tribunais em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim sendo, o precedente brasileiro sempre advém de uma decisão prolatada em colegiado.

Tem-se no Brasil, no entanto, a tradição de decidir por adesão à conclusão e não por adesão à fundamentação, o que cria a dificuldade, ou torna até impossível, de descobrir qual é a *ratio decidendi* do acórdão.

Explique-se o ponto: tradicionalmente, no Brasil, o julgamento colegiado se faz somando-se as conclusões dos votos dos integrantes do órgão jurisdicional. Assim, por exemplo, se a turma julgadora é formada por três magistrados, e cada um deles dá provimento ao recurso por um fundamento diferente, somam-se as conclusões para dizer que o recurso foi provido por unanimidade. Isto, porém, leva a distorções de resultados (CÂMARA, 2015, p. 440).

O professor supracitado, então, traz um belo exemplo sobre o tema. Imagine-se o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, pelo plenário do STF, em que três ministros afirmem que a lei é inconstitucional por vício formal (vício na propositura da lei, por exemplo), afastando a incidência, no entanto, de inconstitucionalidade por vício substancial. Três outros ministros afirmam que a lei é inconstitucional por vício substancial (por violação à cláusula pétrea, por exemplo), afastando a inconstitucionalidade por vício formal. E cinco outros ministros votam considerando totalmente constitucional a lei. Perceba-se que, com a tradição brasileira, a lei será considerada inconstitucional por adesão à conclusão, já que, somando os votos, seis ministros votaram pela sua inconstitucionalidade. (CÂMARA, 2015, 441).

Assim, por já nascer precedente, estar-se-ia diante de um incógnita, a lei é inconstitucional por vício formal ou por vício substancial, e qual destas duas fundamentações deveriam ser aplicada aos casos vindouros?

Perceba-se que o correto, no exemplo acima, seria a adesão à fundamentação, devendo, por isso, ser considerada constitucional a lei, já que cinco ministros votaram pela constitucionalidade

baseados nos mesmos fundamentos, três pela inconstitucionalidade por vício formal e três pela inconstitucionalidade por vício substancial.

É notório que o caso ficaria ainda mais espinhoso se os ministros que votaram pela constitucionalidade da lei também o fizessem por fundamentos diferentes, o que, há de se convir, é recorrente nos tribunais deste país.

Tal situação não ocorre apenas em matéria constitucional. Não são raros os casos em que, em sede de recurso, são defendidas três teses por uma das partes, e os desembargadores julgam procedente o pedido, tendo cada um dos três desembargadores fundamentado seu voto numa das teses expostas pela parte. Na tradição brasileira, afirmar-se-ia que o recurso foi provido “por unanimidade”, mas, na verdade, não se pode determinar qual fundamento foi “mais determinante” na formação do acórdão, não podendo se extrair a *ratio decidendi*.

Perceba-se que o que ocorre atualmente é que cada desembargador ou ministro tece seu voto com total independência, sem enfrentar os argumentos dos seus pares, e isto, de acordo com nosso sistema, pode até criar uma decisão julgando procedente ou improcedente certa demanda, pois houve a adesão à conclusão, mas na maioria das vezes é impossível se encontrar a *ratio decidendi* da decisão.

Para se evitar tais situações, é preciso que haja o efetivo diálogo entre os votos. É necessário que, dando o relator seu voto, o segundo desembargador enfrente os argumentos tecidos pelo relator, concordando ou discordando, podendo até criar seus argumentos, já o terceiro desembargador também deve tecer seu voto nestes moldes. Desta forma, o julgamento é formado de acordo com a **adesão à fundamentação**. Assim, cria-se uma facilidade maior de descobrir quais foram os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do acórdão.

As Cortes de Vértice e a Produção de Teses em Abstrato

Sabe-se que nos países de tradição *common law* uma decisão passa a ser considerada um precedente a partir de julgamentos posteriores, que utilizam tal decisão como fundamento. O precedente se torna precedente, portanto, pela qualidade de sua fundamentação.

Uma das grandes críticas que se faz ao “sistema” de precedentes brasileiro, é que eles só são precedentes pela autoridade do órgão que o prolatou. Como visto alhures, somente os tribunais superiores criam os precedentes, que, adverte-se, já nascem para vincular.

Perceba-se que, nos países de *common law*, acostumados com o instituto, o precedente não nasce precedente, pois somente a partir da aceitação dos demais operadores do direito, que utilizam, reiteradamente, as decisões para fundamentarem suas teses, é que a decisão passa a ser considerada um precedente. No Brasil, “o julgamento já nasce predestinado a se tornar um precedente vinculante” (NEVES, 2017, p. 1390), e se assim o é, mesmo que inconstitucional, o precedente não perde seu poder vinculante, já que o órgão que o criou é detentor da palavra final sobre sua constitucionalidade.

Claro, tal colocação pode ser tida como exagerada, mas, é necessário lembrar sempre, o Supremo é formado por pessoas, sujeitas a erros, e não há órgão capaz de corrigi-lo em nossa ordem constitucional. Aliás, o STF foi criado justamente para impedir que o legislador infraconstitucional entrasse em contradição com a Constituição, quando Ele é o juiz-legislador, isto é, ele fica responsável pela criação da norma através de sua interpretação, a quem cabe o controle de constitucionalidade das decisões (“legislações”) do próprio Supremo? Por isso, a preocupação deveria estar em “como decidir” e não em “quem decidir”.

Tem-se a impressão, em nosso país, que o que se busca fazer é a criação de **teses em abstrato**, que se tornam vinculantes para todo o sistema. Pra isso, uma Corte seria responsável pela criação de tais teses, ou em outras palavras, a criação de normas, das quais os demais órgãos não poderiam decidir/interpretar diferente.

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei, quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) bocados-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função (STRECK, 2019, p. 19).

Neste diapasão, os que defendem tal implantação irrefletida dos precedentes argumentam que um dos pontos que se espera alcançar é a diminuição do grau de “equivocidade” ou “textura aberta” da lei. Não percebem, ou talvez ignoram, que o precedente é formado por um texto, que na hora de ser interpretado causará a mesma equivocidade. “Por que é que um texto (um precedente) geraria menos “problemas” interpretativos que outro texto (uma lei)?” (STRECK, 2019, p. 26).

Querem encarar o precedente como o ponto final de uma discussão, onde determinado órgão dá a palavra final sobre o assunto, mas na verdade deveria ser o contrário, deveria ser considerado o ponto inicial, posto que a partir daquele caso concreto a comunidade abrir-se-ia para a discussão sobre o assunto.

Ora, como um tribunal superior, ao decidir, pode desonerar os juízes inferiores de interpretar? Que pretensão é essa de achar que o tribunal, ao decidir a partir de um caso, ainda que o trate como oportunidade para formular uma tese, desobriga os demais juízes a si mesmo de interpretar no futuro? (STRECK, 2019, p. 51).

Por isso, esta pretensão de fechamento de discussão, além de pretender o engessamento do direito, iludindo-se com

um Judiciário com respostas para perguntas vindouras, causa uma verticalidade antidemocrática.

Pois, perceba, o direito deve ser tido como um todo horizontalizado, onde cada indivíduo contribui com sua parcela para a criação da norma, afinal de contas, **todo poder emana do povo**, e mesmo que diretamente não consiga fazê-lo, a norma deve ser a interpretação que esse povo dá a ela, e não a de onze pessoas (perdoe o peso das palavras) totalmente desconexas da realidade do cidadão ordinário. É por este motivo que a norma deve ser feita pela participação do Ministro do STF (por óbvio), do juiz da Vara de Mozarlândia, do advogado do grande escritório ao recém formado em direito, do professor, do português da padaria, da mãe que chora a perda de um filho em um presídio..., são todos eles que pensam o direito, que refletem sobre como viver bem em sociedade. Afinal de contas, o Direito, é preciso sempre lembrar, está muito mais ligado com a ética, do que com a moral.

A Dificuldade da Publicidade do Precedente

Num sistema que coloca a jurisprudência como uma fonte da norma jurídica, a publicitação se torna indispensável, não só para aqueles que permeiam o ambiente jurídico, mas também para o cidadão ordinário, que passará a tomar suas decisões de acordo com a norma estabelecida na jurisprudência.

Explique-se o ponto.

Sabe-se que o princípio da legalidade assevera que tudo é lícito ao particular, exceto aquilo que é defeso em lei. Por isso, espera-se que o cidadão, quando da eminência de praticar um ato com relevância jurídica, se atente para as disposições relativas ao assunto.

A título de exemplo, quando uma pessoa quiser celebrar um contrato de locação, espera-se dela que ao menos leia

as normas gerais presentes no Código Civil sobre esta espécie contratual ou contrate um profissional habilitado para que ela não venha a praticar qualquer ilegalidade. Por este motivo, a lei deve ser de fácil acesso a todos, para que sua consulta seja célere e desembaraçada, para que o cidadão possa acessá-la e, assim, tornar sua decisão mais acertada.

Quando a jurisprudência também passa a ser fonte de direito, causando efeitos práticos nas relações cotidianas, o Estado tem o dever de torna-las públicas, pois elas também passam a influir na tomada de decisão do particular. Neste sentido, os processualistas Dierle Nunes e André Frederico de Sena Horta asseveram:

Onde não há condição de conhecimento, não há efetiva liberdade para deliberação particular e informada, e o jurisdicionado poderá ser surpreendido por um precedente cuja existência lhe faltou, não por negligência ou ignorância censurável, mas por ausência de condições externas para tanto [...] o precedente judicial deve ter como público-alvo as pessoas em geral, o cidadão que diariamente realiza planos para sua vida, celebra negócios, pratica atos que interferirão na vida de outras pessoas, confia nas instituições públicas e que, por tudo isso, têm o legítimo direito de tomar prévio conhecimento do que é o Direito e de como ele é interpretado pelos tribunais, sob pena de transformá-lo em um mero jogo de argumentos restrito aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, em absoluto prejuízo das pessoas, que não podem ser reduzidas a peças naquele obscuro e complexo jogo, ficando à mercê de quem tem o melhor argumento, quando deveriam ser capazes de se colocarem como verdadeiros participantes do Direito (NUNES, HORTA, 2016, p. 97).

Não só as pessoas em geral são vítimas da não divulgação dos precedentes, aos operantes do direito, recorrentes são as situações, nos países de *common law*, em que os juízes ou desembargadores “sacam” verdadeiros “precedentes surpresas”, presentes nos bancos de dados dos respectivos órgãos judiciários, deixando os advogados em uma situação no mínimo constrangedora, pois

não tinham conhecimento de tal precedente.

Para sanar tal problema, países de tradição anglo-saxã vem produzindo, tradicionalmente, relatórios (*reports*) das decisões consolidadas à toda comunidade jurídica, para que a todos seja possibilitado o acesso a tais precedentes, evitando-se o argumento do desconhecimento.

Os doutrinadores supracitados, ainda acrescentam, acertadamente, que o uso do “precedentesurpresa”, nonossopaís, configura nulidade da decisão **“caso não precedido de alerta na fase preparatória, facultando-se às partes manifestação específica, nos termos dos arts. 10, 357, 933 e 1.037”** (NUNES, HORTA, 2016, p. 95). E o argumento se torna claro, não se oportunizando às partes o conhecimento de determinado precedente que levará à improcedência do seu pedido antes de findo o processo, não se garante o direito de alegar a distinção (*distinguishing*) ou superação (*superação*) do caso concreto, desobedecendo-se os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por isso, o enunciado de número 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis tem uma redação falha, pois assevera que “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte (...)”, quando na verdade o dispositivo deveria ser imperativo, orientando que “deverão” os tribunais sinalizar a possibilidade de modificação do entendimento, para possibilitar, assim, a argumentação dos jurisdicionados. (FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, p. 47)

Não obstante, é necessário que se supere a técnica que se consolidou em nosso sistema jurídico de se utilizar as ementas como fundamentos para peças ou decisões processuais. Como visto anteriormente neste trabalho, o que se caracteriza como precedente são os fundamentos determinantes da decisão, e as ementas são meramente catalográficas.

Por isso, importante é a explicação de Leonard Schmitz:

Indexadores devem ser utilizados com cautela. É preciso percorrer os catálogos de decisões até encontrar uma que tenha sido escorada em fundamentos jurídicos aplicáveis como justificativa legitimadora da norma que está sendo construída para um caso concreto. E a mera leitura da ementa não entrega, desde logo, os fundamentos; apenas explicita as questões decididas no ‘precedente’ que se quer invocar. Os enunciados e ementas precisam ser abordados como o símbolo de um passado a ser respeitado, nunca de um futuro ao qual ser submetido: a ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida. (...) O resumo catalográfico de um pronunciamento que conste do rol do art. 927 deve servir de convite para a leitura da íntegra dos votos que compõem o julgado. A ementa não pode, então, querer ter a pretensão de ser utilizada ela mesma. Nesse contexto, diante dos ‘precedentes’ previstos no CPC/2015, a função do ementário de jurisprudência fica ainda mais claramente relegada à indexação e facilitação de busca através dos mecanismos virtuais de pesquisa de cada tribunal. Extrapolar esse caráter e utilizar-se do texto da ementa em um julgado representa no CPC/2015 uma impropriedade muito maior do que já o era no código revogado. (...) Se as ementas, e bem assim as súmulas, são indexadas (isto é, redigidas) tendo em vista o que foi pedido e julgado, e não com foco na causa de pedir e no fundamento da decisão, a busca por uma *ratio decidendi* jamais será possível pela mera pesquisa de jurisprudência catalogada. Assim, como pelo título do presente artigo, o leitor consegue ter apenas uma vaga ideia a respeito do que será abordado (e apenas a leitura integral pode fornecer elementos sobre seu conteúdo), os enunciados apresentam tão somente a casca daquilo que é a jurisprudência; para conhecê-la, não basta contentar-se com a aparência. Direito jurisprudencial, assim, é tema que exige uma caminhada (hermenêutica) firme, mas sem pressa e sem superficialidade (SCHMITZ, 2016 apud NUNES, HORTA, 2016, p. 98).

Por isso, percebe-se que o desafio

é grande. A necessidade de implantação de sistemas capazes de publicitar o direito jurisprudencial e a mudança da cultura de uso de ementas, substituindo-as pelos fundamentos determinantes, é urgente.

Não obstante, cabe lembrar que mudanças dessa grandeza não ocorrem pressurosamente, afinal de contas, trata-se de uma questão cultural.

No entanto, o jurista moderno deve estar atento a esta novidade, pois principalmente ele colherá os bons frutos desta mudança, por isso, não deve se apresentar para o mercado de trabalho sem o conhecimento do que seja o precedente, e de como ele (o precedente) representa um quebra de paradigmas nunca antes vista no sistema jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Percebe-se que o cidadão, quando da análise do Poder Judiciário, percebe um sistema falho, moroso, e assaz inseguro, pois, como é notório, cotidianamente modifica seus julgados, e, por isso, não passa a confiança que deveria emanar deste importante Poder símbolo da democracia.

Por isso mesmo os precedentes foram criados. Talvez representem a resposta que a sociedade precisava para depositar mais crédito ao Judiciário.

No entanto, a opção pelos precedentes se encontrava entre as respostas mais fáceis para a problemática, e, por isso mesmo, talvez não fosse a mais correta. Esta situação se agrava porque, pela grandiosidade desta modificação, o caminho dos precedente talvez represente um caminho sem volta.

Desta forma, há de se enfrentar o precedente como um desafio a ser aperfeiçoado, e não a ser extinto. Pois essa atitude fará com que sejam encontradas formas com que ele seja mais bem utilizado por seus operadores, para que assim ele

cumpra seus principais objetivos, que é a diminuição da insegurança jurídica e da incidência de demandas repetitivas.

Com isso, este trabalho teve a pretensão de apresentar alguns problemas que podem representar um entrave à perfeita implantação do precedente judicial no Brasil.

Como visto, há que, principalmente, haver uma mudança cultural dentro da máquina judiciária, promovendo-se, assim, uma nova cultura “decisional”. A forma como os desembargadores votam deve ser modificada, exarando-se os votos levando em conta as fundamentações expostas nos demais votos, e não como se o voto fosse independente, sem a necessidade de comunicação com os demais.

Ademais, nestes tempos, a publicidade do direito jurisprudencial ganha ainda maior relevância, pois se o Direito é aquilo que o tribunal diz que é, sua influência sobre todo o sistema jurídico do país se torna notável, não devendo ser negligenciada a sua divulgação tanto ao operador do direito, quanto ao leigo.

Por último, vê-se que o precedente não deveria ser encarado como o ponto final de uma discussão jurídica, como querem os aficionados pela “precedentalização”, afinal, nem nos países de *common law* isto ocorre. Na verdade, deveria o precedente ser considerado o ponto inicial da discussão, que se tornaria cada vez mais perfeito a partir das novas interpretações, ganhando força a partir de sua qualidade, e não pela autoridade do órgão que o prolatou.

Tais colocações não esgotam a esparsa lista de problemas que acompanham a implantação dos precedentes, mas talvez sejam os precípuos que a máquina judiciária deve se debruçar primeiramente.

Espera-se, portanto, que os temas aqui apresentados tenham sintetizado a ideia de que o precedente é necessário e importante para o sistema jurídico brasileiro, mas a sua implantação deve ser feita gradativamente, e não se olvidando aos seus indiscutíveis

problemas, que são muitos.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso: 22 fev.2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume único. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, SP, v. 82, n. 3, p. 77-100, jul./set. 2016.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional**: O uso da jurisprudência estrangeira pela Justiça Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROSA, Viviane Lemes, **O Sistema de Precedentes Brasileiro**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 28 mar. 2016. 349 folhas.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes**

judiciais e hermenêutica, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZANETI JÚNIO; Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 4. ed. rev., amp. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019.