

PRECEDENTES E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA: ESTUDO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO DISTINGUISHING NO PRIMEIRO E NO SEGUNDO GRAU

Martha Franco Leite

Laís Carvalho Leite Santos

1 INTRODUÇÃO

Embora sua tradição jurídica seja fundada no *civil law*, o Brasil vem assimilando de forma crescente institutos típicos do *common law*, a exemplo dos precedentes judiciais, especialmente agora com o novo Código de Processo Civil – CPC/2015 – em vigor desde março deste ano.

Muito se debateu acerca dessa adoção de uma teoria de precedentes no direito brasileiro nas discussões que precederam a elaboração do CPC/2015. Embora durante a tramitação tenha surgido proposta de um tratamento detalhado ao tema, abrindo capítulo específico para os ‘precedentes judiciais’, sua regulamentação acabou alocada no Capítulo I, do Livro III, que trata “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, de forma muito mais reduzida e sem os detalhamentos inicialmente propostos. Apesar disso, é quase unânime o entendimento de que o processo civil brasileiro realmente inseriu em seu bojo uma valorização da jurisprudência como fonte do direito, na medida em que trouxe hipóteses expressas de julgamentos vinculados a posições sedimentadas dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, a ‘importação’ de técnicas de julgamento de países de cultura jurídica diferente exige cuidados redobrados, especialmente quanto à postura das pessoas envolvidas na sua aplicação. Isso, evidentemente, gera preocupações quanto à efetividade que poderá vir a ter a aplicação de precedentes no direito brasileiro.

Assim é que, numa abordagem qualitativa e seguindo o método dialético, utilizando abalizada doutrina sobre precedentes, realiza-se uma pesquisa bibliográfica no sentido de fundamentar os argumentos utilizados no estudo de um caso concreto, em que o juízo de primeiro grau deixa de aplicar uma súmula do Superior Tribunal de Justiça fazendo uso do *distinguishing* e o tribunal de segundo grau, em decisão monocrática de relator, reforma o julgado.

Para atingir o objetivo proposto, de refletir a respeito dos cuidados na aplicação dos precedentes judiciais, desenvolvem-se, inicialmente, algumas considerações a respeito da adoção do sistema de precedentes no Brasil, a partir de um panorama amplo e generalizado. Em

seguida, são analisados alguns conceitos fundamentais à compreensão do tema – *ratio decidendi* e *distinguishing* – considerando as particularidades exigidas para a aplicação desses institutos no direito brasileiro, haja vista serem originários do sistema anglo-saxão, cujas raízes diferem essencialmente entre si.

É, portanto, nesse sentido que se desenvolve este trabalho, utilizando-se de um caso concreto para alertar sobre a importância de um correto entendimento e da necessidade de voltar uma atenção especial ao instituto e seus desdobramentos, afinal, os riscos de uma má aplicação dos precedentes são grandes e podem levar a resultados inversos daqueles que se espera, trazendo insegurança jurídica e violação de princípios fundamentais do ordenamento pátrio.

2 NOÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DOS PRECEDENTES

2.1 A Origem da Teoria dos Precedentes: Um Breve Olhar Sobre a Tradição Jurídica do *Common Law*

Cada sistema jurídico possui peculiaridades próprias, e falar *em common law* e *civil law*, as duas tradições jurídicas predominantes e mais influentes ao redor do mundo, implica em falar sobre precedentes.

De acordo com Didier (2015), precedente é “a decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

A perspectiva histórica de formação de uma doutrina dos precedentes permite concluir que o direito inglês, que é a raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial. O *common law*, em sua concepção geral – ou seja, englobando, portanto, o *statute law* e o *case law* –, é a tradição jurídica que se difunde a partir da Inglaterra, em oposição à tradição jurídica do continente europeu. Quanto à doutrina dos precedentes vinculantes propriamente dita, trata-se da obrigação do juiz de não decidir diferentemente da solução precedente quando estiver diante de um caso análogo (casos iguais devem ser tratados igualmente). (MACÊDO, 2015)

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio de utilização do *distinguishing*. (STRECK E ABOUD, 2015, p. 177)

Para Ramires (2010), o julgador do *common law*, ao decidir invocando um precedente, define, primeiramente, os fatos do caso presente e do que deu origem ao julgado pretérito, para, só então, fazer a comparação, a identificação e a distinção, aplicando ou não a regra.

Assim, enquanto no *common law* a fundamentação das decisões é significativamente discursiva e o raciocínio analógico e comparativo, no *civil law* a jurisdição se limita a enunciar a vontade concreta da lei ou do legislador, concepção resultante do pressuposto de que “a lei seria completa e simples, portanto capaz de antever todos os casos que venham a ser juridicamente tratados, e mais: todo fenômeno jurídico se esgotaria na lei.” (MACÊDO, 2015, p. 39-40)

Do mesmo modo, enquanto nesse último a fonte do direito é, por excelência, a lei, no primeiro, a fonte preponderante são os precedentes, que se tornaram vinculativos com a consolidação da doutrina do *stare decisis*¹. Macêdo (2015) defende que a adoção de precedentes obrigatórios se deu como resultado da preocupação com segurança jurídica e limitação à criação jurisprudencial do direito.

No Brasil, assim como em outros sistemas jurídicos, também se utilizam os precedentes na praxe forense. Assim, visando também a garantia à isonomia, à segurança jurídica e à celeridade, o CPC/2015, ao dispor sobre algumas orientações quando da aplicação dos precedentes, confere-lhes uma significativa valorização.

2.2 Os Precedentes no Direito Brasileiro

É indubitável que a aplicação de precedentes é instrumento de efetivação da segurança jurídica e da justificação das decisões judiciais, capaz de possibilitar maior celeridade e eficiência à aplicação do Direito. (NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013)

Desde a Emenda Constitucional nº. 45/2004 superou-se a ideia de mera preocupação com o respeito às decisões advindas dos órgãos jurisdicionais superiores, sendo incorporada no ordenamento jurídico brasileiro a eficácia vinculante de alguns enunciados do Supremo Tribunal Federal e o requisito da repercussão geral da questão constitucional para admissibilidade do Recurso Extraordinário. (THEODORO JR, 2005)

Em relação à expansão da eficácia vinculante das decisões, mencionada no começo desse tópico, cabe registrar que havia, no Direito Brasileiro, uma restrição do efeito vinculante,

¹ Segundo Tucci (2004), *stare decisis* é um termo de origem latina (*stare decisis et non quieta movere*) que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

reconhecido apenas às decisões proferidas em controle de constitucionalidade. Contudo, após o advento das Leis 11.417/2006 (que regulou a Súmula Vinculante), 11.418/2006 (sobre a repercussão geral das questões constitucionais), e 11.672/2008 (acerca dos recursos repetitivos), houve atribuição de maior carga vinculante a outras tantas decisões oriundas dos tribunais superiores, tornando evidente a tendência de vinculação das instâncias inferiores aos precedentes judiciais. (LIMA, 2013)

Importa registrar a reiterada necessidade de se consolidar a aplicação dos precedentes no Brasil, tirando do *common law* algumas lições para compreender melhor o sistema de vinculação jurisprudencial que aqui se criou (STRECK; ABOUD, 2015, p. 175). A principal dessas lições é que a aplicação mecânica dos provimentos vinculantes se faz impossível, uma vez que nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula, vinculante ou não, pode ser aplicado de forma dedutiva/subsuntiva/mecânica. Essa problemática se destaca mais no Brasil pelo fato de que as súmulas e as decisões vinculantes já possuem sua textitude definida, enquanto no *common law* o precedente não é previamente definido textualmente.

Não basta, portanto, que a identificação dos casos seja somente a compatibilidade fática entre o caso passado e o caso presente, inclusive porque haveria julgados disponíveis para todos os tipos de necessidade, haja vista a comunidade jurídica brasileira produzir julgados antagônicos. Essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que tem ocorrido de “uso dileitante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe.” (RAMIRES, 2010, p. 149)

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se preferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou dos enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação (*sic*) na cadeia discursiva. (STRECK E ABOUD, 2015, p. 180)

Por certo, a importação da vinculação a precedentes, de forma expressa, para um sistema de *civil law*, implica em cautela e compromisso do julgador. A evidente dificuldade no estabelecimento do que é extensível aos casos futuros, partindo-se de uma decisão passada, decorre do fato de que, “mesmo na *common law*, os precedentes judiciais nunca são elaborados para resolver casos futuros.” (RAMIRES, 2010, p. 70)

Portanto, de acordo com o pensamento dos autores colacionados acima, a interpretação do julgador, para precisar o sentido de uma decisão vinculante perante o caso concreto, jamais deverá ser dispensada.

Segundo Lima (2013), meras mudanças legislativas não possuem o condão de, sozinhas, incorporar os precedentes ao Direito Brasileiro. Destarte, resta evidente a necessidade de que a mudança ultrapasse os limites da letra da lei e atinja o comportamento dos profissionais, possibilitando o desenvolvimento de uma nova política judiciária.

2.3 Precedente, Jurisprudência e Súmula

O conceito de precedente vai além das diferenciações entre decisão e súmula, por exemplo, devendo ser constituído também a partir da consideração dos seus conteúdos, em especial do que o tribunal pontua acerca de uma questão jurídica. (MARINONI, 2011)

Esse caráter de orientação para julgamentos anteriores faz com que o precedente seja considerado sinônimo de jurisprudência. Não é raro o emprego do vocábulo precedente em sentido amplo, “para designar qualquer pronunciamento jurisdicional pretérito que sirva de padrão para julgamentos posteriores.” (LOPES FILHO, 2014, p. 125). Contudo, apesar de comumente tratados como sinônimos, na linguagem corrente, existe uma nítida diferença entre precedente e jurisprudência.

Taruffo (2014) entende que são institutos distintos, sendo o precedente mais facilmente identificado em um sistema de *common law* do que a jurisprudência, em um de *civil law*:

O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente ‘faz precedente’. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. (TARUFFO, 2014)

A jurisprudência é uma sedimentação de pronunciamentos no mesmo sentido, algo que se constrói ao longo do tempo e, por conseguinte, não possui uma data de ingresso no sistema jurídico. Enquanto o precedente é uma resposta hermenêutica isolada, podendo ser utilizado como padrão para casos futuros, caso verificada a similaridade necessária entre os casos; a jurisprudência possui abrangência mais ampla, dispensando a estreita similaridade entre os casos. (LOPES FILHO, 2014)

As súmulas, por sua vez, são atos administrativos, porque prescindem de procedimento específico para sua criação, modificação e extinção, não se confundindo em decisão judicial, tampouco com ato jurisdicional.

De maneira sintética: quando da interpretação dos textos legais, identificando-se a norma geral do caso concreto, obtém-se a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente, este, reiteradamente aplicado, transforma-se em jurisprudência, a qual poderá instigar o tribunal à edição de enunciado de súmula. “Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.” (DIDIER, 2015, p. 47)

Como se sabe, o precedente jamais poderá se distanciar da tese jurídica dos fatos da causa, enquanto a súmula da jurisprudência dos tribunais é apenas o enunciado, ou seja, é um verbete geral e abstrato. (MACÊDO, 2015)

Ramires (2010) também defende a pretensão de abstração e generalidade da súmula, definindo-a como pronunciamento judicial, não podendo ser equiparada à prática jurídica nacional da tradição da *common law*, já que os tribunais, nesse sistema, não podem proferir regras em abstrato.

Cumprir registrar aqui a crítica de Zaneti Jr (2015), ao falar sobre a transição do caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior para o papel normativo dos precedentes atuais, com o advento do novo código. Defende que a jurisprudência é técnica ultrapassada, uma vez que enseja subjetivismos e contradições – o mesmo tribunal decide em contraste com o que já havia decidido anteriormente, pois a opinião do tribunal sobrepunha-se ao caráter vinculante dos próprios precedentes.

Quanto ao CPC/2015, válido ressaltar que os precedentes, na redação do projeto aprovada na Câmara em 26.03.2014, estavam dentro da lógica da teoria da decisão judicial, superando a teoria da mera uniformização de jurisprudência. Porém, o fato de terem havido inúmeras supressões em relação aos dispositivos do projeto, na versão da Câmara dos Deputados, não deve influenciar a aplicação dos precedentes previstos nas hipóteses elencadas no art. 927, porque de fato, não estão restritos à uniformização da jurisprudência. (ZANETI, 2015)

Sobre as disposições do CPC/2015, principalmente a ordem de apresentação das decisões que servirão como precedentes, em cada um dos incisos do art. 927, destaca-se a existência de uma hierarquia a ser observada no momento do julgamento:

Em primeiro lugar, deverão ser aplicados os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; na sequência, terão vez as súmulas vinculantes; depois, os precedentes decorrentes do julgamento dos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos; **os enunciados das súmulas** do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e **do Superior Tribunal de Justiça em**

matéria infraconstitucional terão vez na sequência e, finalmente, será aplicada a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (CAMBI e FOGAÇA, 2015, p. 348, grifo nosso)

Macêdo (2015) registra sua crítica quanto às supressões feitas na versão da Câmara, afirmando que “as modificações enfraqueceram sobremaneira a implantação do *stare decisis* brasileiro, que agora volta a depender de um forte esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial.”

Sobre o caso concreto estudado adiante, o que se vê é que o advogado da parte requereu a aplicação de Súmula do STJ como sendo o próprio precedente. No momento do julgamento, contudo, o julgador não fez a análise apenas do enunciado, mas buscou os julgamentos que ensejaram a criação da súmula. Assim, apesar de, aparentemente, ter sido utilizada a súmula como sendo o próprio precedente, a análise recaiu sobre as decisões pretéritas.

2.4 A *Ratio Decidendi* e o *Distinguishing*

Imprescindível o esclarecimento, ainda que de forma geral, desses institutos que estruturam a teoria dos precedentes, a fim de promover uma melhor compreensão do caso concreto estudado em seguida.

Marinoni (2011), ao discorrer sobre os fundamentos determinantes da decisão, define a fundamentação da sentença como o momento em que são enfrentadas as questões de fato e de direito discutidas no caso concreto. Nas palavras do doutrinador:

Aí cabe ao juiz demonstrar o seu raciocínio probatório e a convicção que formou acerca dos fatos, bem como as razões pelas quais acolheu ou não a tese jurídica sustentada pelo autor, ou seja, os motivos pelos quais entendeu que dos fatos evidenciados decorrem, ou não, os efeitos jurídicos pretendidos. (MARINONI, 2011, p. 217)

Assim, a razão de decidir, ou seja, a *ratio decidendi*, deve estar contida na fundamentação da decisão.

De forma objetiva, Didier (2008) pontua que a *ratio* é a norma geral que embasa o caso concreto, ensejando a uniformização da jurisprudência quando se repete essa fundamentação em vários casos, o que pode culminar inclusive com a elaboração de súmulas.

Importante ressaltar, contudo, que o precedente não pode ser reduzido à norma jurídica, uma vez que “reduzir o precedente à norma consiste em excluir os elementos do julgado que lhe dão nota de identidade na própria ordem jurídica, e que o torna relevante para o Direito ao lado das normas legislativas e constitucionais.” (LOPES FILHO, 2015, p. 155)

Em verdade, defende Lopes Filho (2015) que, mesmo que se possa inferir uma norma do precedente, ele nunca se resumirá apenas à norma, pois é mais amplo, mais rico. O precedente é, portanto, uma resposta hermenêutica ao caso julgado, fruto de um processo dialético, em que os argumentos das perspectivas das partes são enfrentados e considerados em fundamentação detida – fundamentação esta reforçada pelo art. 489, do Novo Código de Processo Civil.

Ainda no âmbito da motivação das decisões, cumpre frisar a importância do art. 926 do CPC/2015, na medida em que institucionaliza os deveres de uniformização, integridade e coerência. Esses deveres são os pilares da construção do *stare decisis* brasileiro, que visam garantir uma maior segurança jurídica e uma maior racionalidade ao direito jurisprudencial. (MACÊDO, 2015)

Ao falar em teoria dos precedentes, mais especificamente sobre o princípio da equidade como instrumento que confere relevância ao precedente, Frederick Schauer (2015, p. 77) defende que a declaração “casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente” é muito abrangente, quase inexpressiva, em razão da dimensão do que seria “semelhante”. Assim, faz uma análise da complexidade dessa dimensão:

Se as categorias de semelhança são tão pequenas que permitem ao julgador levar em consideração virtualmente qualquer variação entre acontecimentos separados, então casos parecidos estão realmente sendo decididos diferentemente, já que a norma do precedente escassamente restringe. Contudo, se categorias relativamente grandes agem para agrupar vários casos particulares um pouco diferentes sob um título geral de semelhança, então a constrição a decidir casos semelhantes semelhantemente transforma seguir precedentes em uma restrição substancial. (SCHAUER, 2015, p. 77)

Ora, o problema não é a questão puramente de tratar casos semelhantes semelhantemente, mas sim do dever de basear a norma decisória em categorias relativamente abrangentes de semelhança, ou, por contraste, deixar o julgador de certo modo livre para considerar qualquer meio possível no qual este conjunto particular de eventos possa ser único. A restrição puramente formal de tratar casos semelhantes semelhantemente não se relaciona com essa questão. Embora a primeira dessas alternativas descreva um sistema de precedentes, a segunda descreve um sistema no qual a restrição do precedente é, em termos práticos, ausente. (SCHAUER, 2015, p. 78)

Logo, conclui Schauer que se deve olhar para as razões substanciais a fim de escolher as categorias de decisão maiores no lugar das menores. Sobre essa questão da identificação da similitude entre casos paradigma e paragonado, que deve ser enfrentada pelo magistrado:

A complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, outrossim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. (SCHAUER, 2015, p. 78)

A inovação do Código de Processo Civil de 2015 recai na valorização da exigência do reforço argumentativo das decisões judiciais, dando destaque ao dever constitucional de fundamentação, a qual deverá fazer referência à *ratio decidendi* de julgamentos anteriores. O julgador, dessa forma, invocará e, ou concordará com o precedente, ou discordará dele. “Em ambos os casos, competirá ao julgador o dever de apontar os motivos suficientes para aplicar o precedente, ou as diferenças entre o caso paradigma do precedente e o caso concreto que justifiquem a não aplicação”. (CAMBI e FOGAÇA, 2015, p. 350-351)

Na medida em que a *ratio decidendi* vincula os tribunais ordinários e os demais juízes, essas razões determinantes podem ser utilizadas para limitar ou estender a aplicação do precedente, o que seria a prática do *distinguishing*, considerada a principal técnica na aplicação da teoria do precedente, conforme assertivas de Cambi e Fogaça (2015).

Macêdo (2015) defende duas acepções para se analisar a distinção. Na primeira, seria o processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta, enquanto a distinção em sentido estrito significaria o próprio resultado do processo argumentativo, o afastamento da aplicação de determinado precedente após a efetiva comparação entre dois casos.

Ainda tecendo algumas considerações sobre a distinção que pode ser feita pelo órgão julgador, válida a reflexão feita por Marinoni (2013), após análise do HC 85.185-1, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, publicado no DJ em 01/09/2006. Na hipótese, muito se discutiu sobre a aplicação da Súmula 691 do STF² no caso em questão: enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence sugeriu que o único recurso de hermenêutica da súmula é a consulta aos seus precedentes, o Ministro Cezar Peluso defendeu o cancelamento da súmula. O Ministro Carlos Britto, por sua vez, optou por defender a ponderação, sob o argumento de que, em se tratando de súmula, ou se a observa de acordo com os precedentes que a embasaram ou será o caso de cancelá-la. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, argumentou que a partir da ideia mesmo do *stare decisis*, haveria duas formas de arrostar o entendimento; poderia ser arrostado

² Desnecessário informar o teor da súmula, pois, no caso, não se pretende fazer qualquer referência ao mérito da demanda, mas tão somente à discussão em torno da aplicação ou não da súmula e da análise das técnicas a serem adotadas para essa aplicação ou afastamento.

radicalmente, adotando-se o *overruling*, que é a técnica de superação de precedentes, ou se fazendo o *distinguishing*.

O surgimento de uma nova situação, não tratada nos precedentes que deram origem à Súmula, pode não impor o *overruling*, mas o *distinguishing*. [...] Basta que o novo fato, combinado com os fatos presentes no caso primitivo, justifique o ajuste da *ratio decidendi* ao caso sob julgamento. (MARINONI, 2013, p. 357)

Ressalte-se ainda que, diferente do *overruling*, cuja competência recai sobre órgão julgador certo e determinado, a distinção pode – e deve – ser realizada independente de quem seja o julgador – se juízo em primeiro grau, tribunais inferiores ou tribunal do qual emanou o precedente. (MACÊDO, 2015)

Assim, adota-se a técnica do *distinguishing* justamente porque, no momento da prolação do precedente, determinado fato ou circunstância pode deixar de ser considerado, de forma que, havendo a necessidade de um enfrentamento posterior, seja possível a justificação de nova solução, independente da realização de *overruling*. Desse modo, não haveria apenas as opções de aplicação ou cancelamento da súmula, inclusive porque isso implicaria em supor que nenhuma circunstância poderia deixar de ser prevista quando da elaboração do enunciado.

“Não é preciso dizer que isso nega a estrutura marcadamente temporal do próprio direito.” (MARINONI, 2013, p. 359)

Assim, o que se percebe é que o precedente nunca deverá ser anunciado de forma única, completa, sem ressalva das similitudes e distinções, das ampliações e reduções conforme as peculiaridades de cada caso concreto.

O caso a seguir estudado trata exatamente de aplicação da técnica de *distinguishing*, em que pese ter acontecido antes mesmo de o CPC/2015 ter entrado em vigor (no período da *vacatio legis*).

3 ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Feitas algumas considerações conceituais necessárias à compreensão do tema estudado, a relevância do caso a seguir estudado pode ser assim definida (considerando que a decisão foi proferida antes da vigência do Novo CPC): apesar dos diversos estudos teóricos que estão sendo feitos acerca da aplicação dos precedentes no novo código, para se compreender as origens, os conceitos, as cautelas, e, principalmente, as críticas – positivas e negativas – sobre a importação desse instituto, o que importará, de fato, será a efetiva atuação dos órgãos julgadores diante da mudança legislativa.

Muito se fala sobre a responsabilidade dos juízes, desembargadores e ministros quando da tomada de decisões mediante aplicação dos precedentes, pois, por óbvio, as garantias que se pretendem (segurança jurídica e coerência da ordem jurídica, por exemplo) só serão concretizadas se a teoria ultrapassar a letra da lei, se houver uma mudança na postura desses órgãos que, de fato, proporcione os benefícios esperados.

Assim, válida a análise de caso em que o julgador, considerando a vinculação que entraria em vigor em 2016, fundamentou, em 2015, sua decisão levando em conta o estudo teórico que estava (e ainda está) sendo feito acerca dos precedentes.

Trata-se de ação³ em que o advogado da parte vencedora invocou a aplicação da súmula 344 do STJ⁴ na fase de cumprimento de sentença.

Registre-se, de logo, que no julgamento da ação de conhecimento, transitou em julgado a sentença que impôs a liquidação por arbitramento, para se apurar o *quantum debeatur*, de modo expresso e claro, inclusive na parte dispositiva.

Assim, ao requerer a aplicação da Súmula 344 do STJ como precedente, criou-se o dever imposto ao julgador, da fundamentação da decisão⁵, fosse para aplicar o precedente ao caso, fosse para afastá-lo.

Quando do recebimento da inicial, o órgão julgador de piso destacou que a Súmula, que, frise-se, acolhe a possibilidade de alteração da forma de liquidação, mas não a sua dispensa, teve como um dos julgados precedentes à sua elaboração agravo de instrumento no qual se constatou a impropriedade da via da liquidação adotada, determinando a liquidação pela modalidade de arbitramento em detrimento de mero cálculo aritmético.

Percebe-se, portanto, que a decisão da juíza singular foi além do enunciado da Súmula, buscando os julgados que o originaram⁶, a fim de delimitar *a ratio decidendi* do precedente, utilizando como parâmetro o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 564.139 – MS (2003/0201785-5), que teve como Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior.

³ Processo n. 201511300387/SE.

⁴ Súmula 344, STJ: “A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”.

⁵ Esse dever de fundamentação da aplicação ou afastamento das súmulas, embora só venha expresso agora no CPC/2015, já deveria fazer parte da rotina dos magistrados mesmo na vigência do atual CPC/1973, em que se pode percebê-lo implicitamente, já que o princípio da motivação das decisões é de índole constitucional e a busca de isonomia e segurança jurídica impõem a necessidade de respeito às posições consolidadas pelos órgãos responsáveis pela uniformidade da interpretação da Constituição (STF) e da legislação federal (STJ).

⁶ Julgados precedentes: AgRg no Ag 564.139-MS; Rcl 985-BA; REsp 3.003-MA; REsp 348.129-MA; REsp 657.476-MS; REsp 693.475-RJ.

Nesse sentido, a decisão seguiu uma lógica de aplicação típica do sistema de *common law*, na medida em que analisou primeiramente a *ratio* que deu origem ao precedente (no caso, o AgRg no Ag 564.139-MS, que, juntamente com outros julgados, tornaram-se precedentes para a edição da Súmula), para então verificar a compatibilidade com o caso concreto.

Cumpridos, portanto, os requisitos destacados por Cambi e Fogaça (2015, p. 348-349) de responsabilidade e análise criteriosa das similitudes de fato e de direito entre o caso concreto e o caso passado, a partir da composição do precedente.

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como o que significa *obiter dictum*. (MARINONI, 2013, p. 245)

Ainda sobre a necessidade de se delinear a *ratio* do caso já resolvido, Marinoni (2013, p. 245-246) destaca que se deve observar a linguagem do precedente, a questão de direito e de fato, bem como os julgados anteriores e posteriores ao precedente.

No caso em apreço, o juízo de primeiro grau, após delimitar a *ratio decidendi* do precedente no sentido da possibilidade apenas de alteração da forma de liquidação disciplinada na decisão de conhecimento, e não a sua dispensa, aplicou a técnica do *distinguishing*, por não ter constatado a semelhança fático-jurídica do caso com os julgados precedentes que originaram a Súmula do STJ.

Logo, tendo o exequente dado início à fase executiva sem a liquidação imposta no título judicial, o juízo deu por impossibilitada a emenda, e, conseqüentemente, extinguiu o cumprimento de sentença com lastro no artigo 267, I e VI do CPC vigente.

O que se percebe é que, de fato, trabalhar com precedentes constitui um processo de individualização do Direito e de universalização da regra estabelecida no precedente (ou nos casos sumulados), conforme suscitado por Nunes e Horta (2015, p. 310), uma vez que exige do intérprete constante atenção à dimensão subjetiva do caso concreto.

A decisão também discorre sobre importante apontamento trazido por Marinoni (2011): ao afastar a súmula em razão do *distinguishing*, a decisão não nega as razões que fundaram o enunciado, mas demonstra que o caso concreto não se amolda à *ratio decidendi* do precedente. Trata-se, portanto, de visualização de parâmetros diferentes relacionados a uma mesma norma material – a que trata da liquidação.

Frisa-se aqui o cumprimento do dever de motivação expressamente previsto no art. 489, § 1º, do Novo CPC, na medida em que se demonstrou a existência de distinção no caso em

juízo para deixar de seguir enunciado de súmula invocada pela parte, tal qual disposto no inciso VI do referido artigo.

Pois bem, a parte exequente, que teve a petição inicial do módulo executivo indeferida, interpôs Recurso de Apelação⁷, sob o argumento de que não fora aplicado o entendimento sumulado pelo STJ.

Ao receber o recurso, o relator, de plano, entendeu que o valor da quantia executada poderia ser aferido mediante simples cálculo aritmético, apenas atentando-se para os parâmetros delineados no título executivo judicial, sendo desnecessária a liquidação – de qualquer forma.

Assim, fundamentando a decisão em posição doutrinária que defende a dispensa de liquidação nos casos em que a determinação do valor depender apenas de cálculo aritmético, e também em ementas de recentes julgados do próprio Tribunal de Justiça e do STJ no mesmo sentido, o relator decidiu monocraticamente para dar provimento ao recurso, nos termos do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, destacando que a decisão recorrida encontrava-se em manifesto confronto com a jurisprudência pacífica do STJ.

Afastadas as análises de mérito acerca do caso, porque secundárias para o objetivo deste trabalho, o que se vislumbra no caso estudado é que não houve, por parte do Tribunal, mais precisamente do desembargador relator, qualquer referência à técnica do *distinguishing* aplicada em primeiro grau. Em verdade, sequer mencionou a teoria dos precedentes, ou fez qualquer consideração de violação de precedente.

O que se analisa aqui, registre-se, não é a análise do mérito feita pelo magistrado de piso, mas apenas a evidência de não atendimento às normas relativas à aplicação de precedentes pelo desembargador relator, especialmente diante do Novo Código de Processo Civil. Essa prática é denunciada por Michelle Taruffo, como sendo recorrente nos países de *civil law*, de se fazer meras referências aos precedentes ou a uma lista de precedentes, porém sem considerá-los individualmente e analiticamente. (apud LIMA, 2013, p. 57)

Imperioso destacar que o provimento monocrático de recurso é mais rigoroso que a negativa de provimento, ambos realizados pelo relator, a quem foi conferida maior concentração de poderes, na medida em que substitui o colegiado em determinadas situações. Isso porque o provimento impõe a reforma da decisão lançada pela primeira instância, enquanto a negativa de provimento apenas confirma a decisão do juízo *a quo* (LIMA, 2013, p. 379).

⁷ Recurso de Apelação n. 201500709795/SE.

Decorre, pois, a necessidade apontada por Lima (2013) de se atentar para a importância de que o paradigma utilizado pelo relator seja efetivamente semelhante à situação objeto do julgamento monocrático, devendo perscrutar a *ratio decidendi* do precedente antes de invocá-la ao caso presente.

Na verdade, o julgamento monocrático, ao pautar-se em precedente, sempre estará baseado em seus fundamentos determinantes. Isso porque, como é óbvio, não há como o julgamento monocrático se basear no dispositivo de acórdão. Aliás, mesmo no caso de súmula ou jurisprudência dominante, em muitos casos será necessário investigar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem à súmula ou à jurisprudência dominante. (MARINONI, 2013, p. 513)

Contudo, na tentativa de se valorizar os precedentes, seja através das hipóteses de cabimento do julgamento monocrático pelo CPC/1973, na medida que permite o provimento de recurso em que a decisão impugnada esteja contrária a súmula ou jurisprudência dominante de Tribunais Superiores, seja pelas inovações do CPC/2015, o que se vê é justamente o contrário. A análise superficial que se critica – e que se tenta combater, com as normas referentes à fundamentação do CPC/1973 e reforçadas no CPC/2015 – acaba por julgar casos potencialmente diferentes de forma igual, ainda que a diferença tenha sido apontada na sentença.

In casu, não só a decisão monocrática deixou de analisar o *distinguishing*, como acabou dispensando a liquidação imposta na sentença de conhecimento, a qual já havia transitado em julgado.

Ademais, por não ter sido feita qualquer referência às ressalvas apontadas na sentença que extinguiu a fase de cumprimento, como a delimitação da *ratio decidendi* e as considerações com o fito de mostrar a distinção entre os casos, percebe-se que, em que pese a análise baseada já nos termos do novo código, as ressalvas destacadas sequer foram mencionadas pelo julgador quando do provimento monocrático.

Reitere-se, portanto, que a discussão recai sobre a aplicação dos precedentes, em termos processuais, independente da análise do mérito, ou seja, do cabimento ou não da súmula e, conseqüentemente, do *distinguishing*.

No Brasil, até então, a utilização dos precedentes se restringiu a uma padronização das decisões, em razão da aplicação superficial e, conseqüentemente, equivocada do direito jurisprudencial. Assim, muitos teóricos criticam essa forma de argumentação por precedentes, pois gera uma “desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entre casos.” (BUSTAMANTE, 2015, p. 288)

Assim, na ausência de regra de direito positivo estabelecendo o dever de observância dos precedentes judiciais, deve haver ao menos uma regra moral internalizada pelos aplicadores do direito, recomendando a atenção ao precedente judicial (BUSTAMANTE, 2015, p. 276). Isso porque, mesmo havendo a previsão, no próprio art. 926 do CPC/2015, dos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, bem como de motivação e de adequada fundamentação, caberá a cada órgão julgador cumprir, na prática, com esses deveres, independente de punição pelo descumprimento, que, de fato, não há, mas em razão do dever moral que ele presta perante os jurisdicionados.

Como já dito no decorrer desse trabalho, não é raro observar os aplicadores do direito utilizando-se de decisões pretéritas através das citações de ementas a fim de justificar a “jurisprudência dominante”. O receio, portanto, é de que esse discurso superficial continue, mesmo com a teoria dos precedentes, fazendo do precedente mais uma mera citação ao longo das petições e das decisões judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizer que o Brasil só passaria a aplicar os precedentes como fonte de direito em razão das inovações do CPC/2015 é, por certo, equivocado. A técnica de aplicação do precedente tem sido, ao longo do tempo, cada vez mais valorizada, a exemplo da criação das súmulas vinculantes, que foi um grande marco do caráter vinculativo dos precedentes no sistema brasileiro.

Quando da aplicação de decisões pretéritas para fundamentar uma decisão, o julgador deve ter a cautela de analisar as circunstâncias do caso precedente, inclusive em nome da garantia constitucional de segurança jurídica. O CPC/2015 veio, portanto, reforçar a necessidade de análise da compatibilidade do precedente com o caso presente, visando a isonomia na justiça brasileira e possibilitando, assim, a coerência da prestação jurisdicional àqueles que buscam o Poder Judiciário.

Dessa forma, em que pese o dever da motivação das decisões judiciais já fazer parte do ordenamento mesmo antes do CPC/2015, este impõe ao julgador o dever da fundamentação adequada. Do mesmo modo, determina que, a partir da análise do precedente, deve-se comparar se as circunstâncias fáticas e de direito são similares às do caso presente: sendo os fatos ou o direito aplicável incompatíveis, caberá ao julgador identificar a distinção entre os casos, de forma objetiva e clara, afastando, motivadamente, a aplicação do precedente.

Portanto, quando se fala de aplicação de precedentes, é incontroversa a necessidade de se identificar a *ratio decidendi* do precedente. No presente estudo de caso, em se tratando de súmula do STJ, analisou-se o precedente que ensejou sua criação. Assim, após delimitada a *ratio decidendi*, o juízo de primeiro grau entendeu que se tratava de caso de aplicação de *distinguishing*.

Em contrapartida, recorrida a sentença analisada, o relator usufruiu da premissa do art. 557 do Código vigente à época para dar provimento ao recurso monocraticamente, reformando a sentença. Ocorre que, quando da fundamentação da decisão, sequer foram enfrentadas as razões do juízo de primeiro grau, ou seja, as diferenças por ele apontadas entre as circunstâncias do caso concreto e dos precedentes que originaram a súmula.

Desconsiderando a análise do mérito da questão, o que se defende, portanto, é que as decisões devem ser pontuadas, de forma clara, devendo o julgador deixar transparecer os motivos que o levaram àquele posicionamento – a obediência a um artigo de lei ou a um entendimento pacificado. Não se pode, contudo, simplesmente reproduzir letras de lei, ou ementas de julgados, como se fossem razões suficientes para justificar o seu dever de motivação.

Um sistema jurídico que pretende uma uniformização da jurisprudência, fazendo prevalecer a integridade, a coerência e a estabilidade das decisões judiciais só será alcançado se houver uma mudança na cultura jurídica brasileira, partindo de cada indivíduo e, especialmente, de cada julgador. Caso contrário, as mudanças legislativas que vieram com o CPC/2015 permanecerão sem garantir, efetivamente, a isonomia e a segurança jurídica tão almejadas pela sociedade.

Se o Brasil quiser promover as melhorias esperadas com a adoção da teoria dos precedentes, deverão os aplicadores do Direito, inclusive os estudantes de graduação, comprometer-se a estudar seus institutos e suas características, possibilitando a efetiva compreensão e a adequada aplicação dos precedentes no Direito Processual Civil.

REFERÊNCIAS

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Editorial 49, 23/09/2008**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/en/editorial/editorial-49/>>. Acesso em 10 out 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 147-173.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no Direito Brasileiro: do anteprojeto ao código de processo civil. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 459-489.

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

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 301-331.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, jan/jun 2013.

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

SCHAUER, Frederick. Precedente. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 49-84.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCP e os precedentes – afinal, do que estamos falando? IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 175-180.

THEODORO JR., Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004 sobre o processo civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, v. 6, n. 35, p. 17-29, maio/jun 2005. ISSN Eletrônico: 1984-1841. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89133>>. Acesso em 10 out 2015.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia>>. Acesso em 25 out 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. ed. São Paulo: RT, 2004.

VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos precedentes pelo Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 505-518.

ZANETI JR, Hermes. Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. IN: DIDIER JR, Freddie et al (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. ed. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 408-423.