

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

ACESSO À JUSTIÇA II

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Adriana Goulart de Sena Orsini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-284-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

A presente obra é composta por artigos científicos de relevo, selecionados após rigorosa disputa e defendidos de forma brilhante no Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça II”, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA, ocorrido entre 7 A 10 de dezembro de 2016, em Curitiba/PR sobre o tema “Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Nada mais oportuno, em contexto de indagação sobre o papel dos atores e das instituições no Estado Democrático de Direito, tratar do acesso à Justiça. Assim, é com especial satisfação que apresentamos à comunidade científica os artigos que compõem esta obra, estudos comprometidos com a defesa da fundamentalidade do acesso e da Justiça, e que trazem uma concepção ampliada e capilarizada do acesso, de forma solidária e democrática, atendendo a concepção da Justiça como valor.

Dentre os temas que compõem o presente trabalho, podemos destacar aqueles que se circunscrevem ao Código de Processo Civil - CPC de 2015, abordando suas reformas, a duração razoável do processo, a redefinição do ônus da prova, o sistema precedentalista, novos olhares sobre as serventias e o usucapião extrajudiciais, bem como a mediação nas formas intra e extrajudiciais.

Ao abarcar-se dos conteúdos contemporâneos contidos neste estudo, o leitor perceberá que o diálogo com outros saberes foi constante e extremamente rico: comunicação, sociologia, psicologia e educação foram alguns saberes abordados de forma criativa e pertinente, denotando a imprescindível interdisciplinariedade que deve permear textos de qualidade e atualidade e, reafirmando, de outro modo, a centralidade do debate sobre o acesso à justiça no Brasil.

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini - UFMG

OS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA PRECEDENTALISTA A PARTIR DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DE NOSSA PRÁTICA FORENSE A PARTIR DA REFORMA PROCESSUAL

THE SYSTEM IMPLEMENTATION CHALLENGES PRECEDENTALISTA PRESENT FROM CIVIL PROCEDURE CODE - NEED TO CHANGE OUR FORENSIC PRACTICE FROM THE PROCEDURAL REFORM

**Arthur Vinicius Bezerra Garcia ¹
Rosalina Moitta Pinto da Costa ²**

Resumo

RESUMO: O trabalho visa demonstrar que o Código de Processo Civil de 2015 é instrumento apto para a construção do sistema precedentalista em nosso ordenamento jurídico. Questionar-se-á se o sistema de precedentes, fruto de uma evolução do dia-a-dia no common law, é incompatível com países de tradição romano-germânica. Partindo-se da concepção de que a lei é elemento indutor de mudanças, analisar-se-á os costumes de nossa praxe forense que devem ser repensados e alterados para que o novo Código de Processo Civil seja eficaz como instrumento de implementação do sistema de precedentes em nosso país.

Palavras-chave: Sistema de precedentes judiciais, Ratio decidendi, Fundamentação adequada, Código de processo civil de 2015

Abstract/Resumen/Résumé

The work aims to demonstrate that the Civil Procedure Code 2015 is a suitable instrument for the construction of precedentalista system in our legal system. It will question whether the previous system, the result of an evolution of the day-to-day in the common law, is incompatible with Roman-Germanic tradition countries. Starting from the idea that the law is an element inducing changes will be examining the customs of our forensic practice that should be rethought and changed to the new Civil Procedure Code is effective as implementation tool of the previous system in our country

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial precedent system, Ratio decidendi, Adequate reasons, Civil procedure code 2015

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA)

² Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará – UFPA.

1. INTRODUÇÃO

O nosso ordenamento jurídico vem passando por metamorfoses na seara processual com o escopo de garantir maior verticalização das decisões judiciais e promover maior coesão nas teses jurídicas emanadas do Poder Judiciário. Neste diapasão, inúmeras reformas promoveram alterações no Código de Processo Civil de 1973 com o objetivo de melhor efetivar a igualdade e celeridade processual, buscando uma prestação jurisdicional mais rápida e coesa – como, por exemplo, a criação do artigo 285-A em 2006.

Todavia, mesmo com o fenômeno supra ainda continuou possível observar na prática forense – assim como também alerta a doutrina – decisões discrepantes para casos iguais e mudanças rotineiras no posicionamento dos Tribunais, porém aquele a quem mais sofre com essa instabilidade em nosso sistema é o próprio cidadão que fica a mercê de um Poder Judiciário que possui um tratamento bipolar para com os jurisdicionados.

Diante de um Processo Cível que proporciona pouca previsibilidade ao jurisdicionado quanto ao conteúdo das decisões judiciais, o antigo código passou por inúmeras reformas pequenas com o escopo de torná-lo mais coeso através da verticalização do pensamento jurídico, obrigando – por diversos meios – que as decisões dos Tribunais Superiores fossem aplicadas pelos inferiores.

De igual forma, o novo Código de Processo Civil enxerga no respeito às decisões judiciais a forma para melhor instituir uniformidade ao sistema judicial, proporcionando maior previsibilidade no conteúdo das decisões judiciais para que o jurisdicionado possa pautar a sua vida, sem olvidar como forma de efetivar valores constitucionais como igualdade e celeridade processuais.

A possibilidade de haver um sistema precedentalista instituído a partir da criação de novo Código de Processo Civil é objeto de controvérsia, vez que referida sistemática, fruto de evolução do dia-a-dia no *common law*, em nada se coaduna com nossa contemporânea forma de aplicar e enxergar o Direito. Desta forma, será que é possível o nosso ordenamento jurídico possuir um sistema precedentalista?

O presente trabalho busca analisar alguns costumes que possuímos em nossa prática processual que precisam ser refletidos, pois mostram-se prejudiciais a um sistema precedentalista. Destarte, buscar-se-á avaliar a postura do novo Código de

Processo Civil em relação a estas condutas em nossa praxe forense e de seu papel condutor para a alteração destas práticas.

2. A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA COMO INDUTOR DE MUDANÇAS EM PAÍSES COM TRADIÇÃO JURÍDICA DE *CIVIL LAW*

A tradição anglo-saxã, da qual a sistemática precedentalista é oriunda, é pautada no direito consuetudinário, nos costumes como fonte do Direito e, neste diapasão, no respeito às decisões judiciais.

Consoante a narrativa evolutiva do *common law* inglês por Harold Berman (BERMAN, 2003, p. 273-275), os precedentes vinculantes, como são entendidos atualmente, nascem por volta do século XIX, como um aperfeiçoamento dos conceitos de *holding* e *dictum* da teoria clássica de precedentes que, por sua vez, teve início no século XVII na Inglaterra.

A evolução do *common law* inglês foi sintetizada por Mitidiero em três palavras: ilustração, persuasão e vinculação (MITIDIERO, 2106, p. 26-27). A evolução do sistema precedentalista inglês seria a superação do mito do julgador como oráculo (fase histórica em que os precedentes seriam ilustrativos). A obediência à autoridade das decisões pretéritas no momento de julgar os casos concretos foi a forma que a tradição anglo-saxã encontrou de proporcionar segurança jurídica e limites à discricionariedade do julgador, em suma, em tornar o sistema mais racional.

Marinoni (MARINONI, 2014, p. 26-30), aponta que a evolução do *common law* inglês tem sua origem na reforma protestante do século XVI, que modificando a concepção de vida na sociedade da época - elevando o trabalho como um estilo de vida que agradava a Deus, acabou contribuindo para o avanço do capitalismo, o qual, demandando um direito mais racional, culminou no surgimento da teoria clássica dos precedentes¹. Lembra Harold Berman que, naquele momento, por volta do século XVII,

¹ Importante mencionar que Marinoni (MARINONI, 2014, p. 26-30) em momento algum de sua obra – e o deixa de forma bem expressa – quer afirmar, com base em Weber, que a evolução do capitalismo não ocorreria sem as reformas protestantes e, muito menos, que a racionalidade do Direito inglês não evoluiria sem essas mudanças na sociedade inglesa por meio do protestantismo e com a demanda do capitalismo – o momento posterior não necessariamente precisaria do anterior. Em outras palavras, o autor destaca que estas mudanças e relações entre reforma protestante e capitalismo e capitalismo e racionalidade do Direito não são relações causais, mas sim contribuições. O impacto social do protestantismo ajudou na evolução do capitalismo que, por sua vez, contribuiu muito para uma reformulação do Direito inglês com escopo de se tornar mais racional.

a vinculação não derivava de uma única decisão, mas de um conjunto de decisões no mesmo sentido, cuja teoria tinha inspirações no empirismo científico².

Com efeito, o sistema de precedentes é oriundo de uma lenta e gradual evolução cultural. Logo, não se confunde com o *common law*, pois não é algo que existe desde o início nesta tradição e sim uma sistemática que surge com o passar do tempo, como forma de proporcionar maior racionalidade ao Direito. Surge, portanto como uma evolução do dia-a-dia.

O sistema precedentalista pode ser melhor compreendido a partir da comparação feita por Dworkin entre Direito e a elaboração de um romance em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279). Para o referido autor o Direito não difere muito da criação de um romance em cadeia, vez que cada autor – assim como o julgador – ao elaborar o seu capítulo deve levar em consideração a história já narrada pelos autores que o precederam, ou seja, não deve ignorar a história até então escrita por aqueles que vieram antes, o que não implica na impossibilidade de inovação em sua narrativa, em modificar a interpretação até então vigente, porém para fazer isto não poderá desconsiderar a narrativa posta. Desta mesma forma é a atividade de um julgador, que ao decidir seu caso concreto o faz a partir da interpretação não só da lei mas do Direito até então entendido. Não pode, destarte, ignorar a tradição jurídica em que está inserido, sem que isto implique em uma postura conservadora, mas em um diálogo com o passado a partir do contexto em que vive, o presente.

Em face de tal comparação muitas são as críticas impostas à possibilidade de implementação de um sistema com nuances culturalmente distintas em nosso país.

Georges Abboud (ABBOUD, 2012, p. 509-514), após destacar que o sistema de precedentes é oriundo de uma evolução cultural em países de *common law* e não de uma imposição legal, critica a viabilidade de se impor normativamente uma sistemática surgida por meio de uma evolução cultural em outros países, ainda mais em um país de tradição oposta, no caso romano-germânica, como é o nosso, que é pautado na lei como única fonte jurídica. Defende o autor, lembrando inclusive do caso *Marbury vs.*

² A diferença entre teoria clássica dos precedentes e o *stare decisis* foi apontada por Berman (BERMAN, 2003, p. 275). Segundo o autor, na teoria clássica dos precedentes, a vinculação derivava de um conjunto de decisões (precedentes) sobre o mesmo assunto; diferentemente da atual teoria dos precedentes, que uma única decisão (precedente) é considerada obrigatória, a depender de quem a profere.

*Madison*³, que os precedentes surgem do ordenamento jurídico, não são criados por decisões que se impõem às posteriores (ABBOUD, 2012, p. 537).

Contudo, há de se ressaltar que, não obstante os países apresentarem historicamente a mesma tradição, as suas peculiaridades resultam em diferentes sistemáticas processuais.

Nesse sentido, Jaldemiro Ataíde Júnior (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 20-21), partindo de macrocomparações entre ordenamentos jurídicos diferentes, aponta o distanciamento dos ordenamentos jurídicos das características de suas respectivas tradições jurídicas, pois como procurou evidenciar pela comparação entre o ordenamento jurídico estadunidense e o inglês, países que pertencem historicamente a mesma tradição apresentam especificidades que os distinguem, portanto não há um homogeneidade nesta categorização.

No mesmo sentido, Oscar Chase (CHASE, 2014, p. 79-85), ao analisar o excepcionalismo da cultura estadunidense e seus impactos no seu ordenamento jurídico, destaca como os Estados Unidos da América, apesar de pertencer a mesma tradição jurídica que a Inglaterra, possui sistemática processual diferente da inglesa, ressaltando o tribunal do júri para questões cíveis que existe nos Estados Unidos da América, mas que há muito tempo deixou de existir na Inglaterra.

Observa-se, portanto que países que pertencem historicamente a mesma tradição apresentam especificidades que os distinguem, não havendo homogeneidade na categorização das tradições jurídicas. Assim, pode-se afirmar que as macrocomparações, entre tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, são imperfeitas e que o nosso ordenamento jurídico, diante de suas especificidades culturais, também apresenta sua categorização como de tradição romano-germânica um pouco imprecisa.

Em outro ponto, Hermes Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 362-363) *advoga a possibilidade de metamorfose cultural a partir de imposições legislativas*, destacando algumas mudanças em nossos hábitos provocadas por imposições de normas, como, por exemplo, a proibição de fumar em locais públicos que alterou significativamente nossos costumes. Nesse sentido, defende o autor a possibilidade de *termos uma cultura de precedentes a partir de uma imposição normativa, como é o*

³ Diz o autor “*justice Marshall não poderia nem ao menos prever que o caso Marbury vs. Madison adquiriria a importância que teve, até mesmo porque por quase três décadas após seu julgamento, o precedente [...] manteve-se em estado dormente*” utur, os precedentes, como entendidos em países de *common law*, surgem no ordenamento jurídico, não são “criados” por decisões que se impõe às posteriores (ABBOUD, 2012, p. 535-541)

caso do atual Código de Processo Civil, vez que a legislação neste caso é mais aconselhável em matéria contraintuitiva e uma alternativa mais rápida do que esperar o surgimento espontâneo desta sistemática em nossa praxe forense, tal como ocorrido em países de tradição anglo-saxônica.

Em sintonia com o pensamento supra, McCormick, embasado na obra *An Introduction to Legal Reasoning* de Edward H. Levi (MACCORMICK, 2006, p. 310) destaca que a evolução no direito consuetudinário, como respostas a valores sociais em transformação, são lentas, enquanto que a mudança provocada pela alteração legislativa é bem mais rápida.

Enfim, quanto tempo seria necessário para se alcançar uma sistemática processualista, através de evolução cotidiana, como forma de proporcionar maior coesão, previsibilidade e isonomia em nosso ordenamento jurídico? E os resultados desta evolução em nossa praxe processual, seriam os desejados?

Com efeito, em países com tradição jurídica de *civil law*, as modificações de velhos costumes podem demorar para serem percebidas e até amadurecidas, havendo um risco de tempo para se alcançar uma sistemática processual desejada, podendo-se colocar em risco os resultados dessa evolução na praxe processual.

A evolução cotidiana, diante de uma necessidade premente de mudança, leva, em geral, a procura de um caminho mais fácil e, às vezes, o menos indicado, colocando em risco a possibilidade de ser alcançada a almejada coesão, previsibilidade e isonomia em nosso ordenamento jurídico.

Em nossa tradição jurídica, as mudanças não impulsionadas pela lei, que representa o papel de condutor de novos caminhos e direcionador ao fim almejado.

Em suma, mesmo os países que pertencem historicamente a mesma tradição apresentam especificidades que os distinguem, não havendo homogeneidade na categorização entre tradições jurídicas de *civil law* e *common law*. O próprio sistema de precedentes judiciais possui sistemática processual diferente em países da mesma tradição jurídica da inglesa. Assim, não obstante o sistema precedentalista ser oriundo de uma lenta evolução cultural, e não se pode importar uma cultura, a alteração legislativa em países com tradição jurídica de *civil law* pode ser um indutor a mudanças nas práticas sociais.

3. OS DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS PARA A FRUIÇÃO DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA EM NOSSO PAÍS

O precedente é uma decisão tomada à luz de um caso concreto, cuja essência jurídica pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Em um sistema de precedentes, o que é obrigatório e vincula para os casos posteriores é apenas a *ratio decidendi*⁴, que são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi, e para que referida *ratio* possa ser identificada é necessário que a decisão esteja devidamente fundamentada.

A precisa fundamentação da decisão é crucial no sistema precedentalista, pois são dos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão que se vai extrair a *ratio decidendi*⁵, a justificação (MARINONI, 2015, p. 614), o core (WAMBIER, 2015, p. 271), a regra jurídica central, o substrato teórico da decisão.

Por isso, uma primeira questão a ser enfrentada diz respeito à fundamentação das decisões judiciais. Vivemos uma cultura de falta de uma fundamentação robusta e que pouco enfrenta ou sopesa diversas questões. Situação que, sem dúvida, impede a implementação do sistema de precedentes.

Contudo, a cultura da falta de fundamentação de nossas decisões judiciais choca-se com o sistema precedentalista que tem a sistemática da fundamentação das decisões como algo central para que possam ser consideradas como paradigmas para casos futuros.

Já observou Maurício Ramires (RAMIRES, 2010, p. 41-46) que as decisões judiciais carecem de fundamentação séria, vez que ao justificar sua decisão o julgador parece mais fazer uma escolha, entre razões da parte ou do réu, do que fundamentar seu posicionamento, no sentido de enfrentar as alegações trazidas pelas partes, ou seja, de explicar o porquê da tese do autor ou do réu não ter sido acolhida.

As decisões judiciais, em sua maioria, não demonstram que as razões trazidas pelas partes influenciam o julgador, como se este promovesse decisões solipsistas, oriundas de seu gabinete sem qualquer contato ou interação para além daquelas paredes, sem olvidar que implicam em discricionariedade do magistrado que arbitrariamente

⁴ O precedente também poderá englobar argumentos de passagem, que em nada influem na decisão, estes argumentos que não dizem respeito ao mérito e que não são debatidos por todos são denominados de *obiter dictum*. Portanto, o precedente engloba tanto a *ratio decidendi* (aquilo que é vinculativo) e o *obiter dictum* (que não é vinculativo).

⁵ A *ratio decidendi* é um conceito central na teoria dos precedentes judiciais, que consiste na tese criada em determinado julgado (caso-precedente) como resposta ao caso concreto enfrentado, que será aplicada aos casos posteriores análogos.

escolhe uma das teses trazidas, bastando explicar sua escolha por meio de citações a artigos, verbetes sumulares ou ementas de acórdãos com redações genéricas e abstratas tal como a lei (RAMIRES, 2010, p. 44-46).

A falta de uma fundamentação adequada predispõe a escassez de debates que precedem a formulação de uma decisão judicial, o que gera uma decisão com argumentos frágeis que poderão ser modificados quando nova perspectiva – não sopesada à época – entrar na discussão (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 129).

No mesmo sentido Mitidiero (MITIDIERO, 2009, p. 71-77) também destaca a importância de diálogo e não de monólogos, da necessidade de os argumentos trazidos pelas partes poderem influenciar na decisão judicial, de o magistrado enfrentá-los, em suma, de por eles ser interpelado.

Este comportamento, de decisões pouco dialogadas, deve ser revisto em razão da criação de um sistema precedentalista sério, com precedentes cujas *ratio decidendi* sejam robustas e não prematuras, que pouco promovem estabilidade ao sistema, pois, conforme diz Jadelmiro Ataíde Júnior (ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. 129), o discurso vencedor, por ter enfrentado tantos pontos, acaba tendo uma longevidade bem maior do que a de um discurso que não enfrenta diversos pontos.

Corolário ao obstáculo atualmente enfrentado, existe outro elemento que a ele é interligado e que igualmente merece ser repensado em nossa cultura processual, o qual consiste na cisão entre questões de fato e questões de direito, que hodiernamente vemos ser reproduzidas, como se o *direito* pudesse ser separado das *questões de fato*.

A aplicação de um precedente não se lastreia apenas na questão de direito. Para a extração e aplicação da *ratio decidendi* é necessária a análise dos elementos fáticos do caso para que se possa saber se o contexto da época não mudou ou se permanece no caso-presente.

Não se trata, evidentemente, de uma identidade fática entre caso-precedente e caso-presente para que a *ratio decidendi* da decisão paradigma seja aplicada, *pois a ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes* (CAMARGO, 2012, p. 565).

A aplicação de precedentes demanda uma igualdade entre os casos (o atual e o paradigma) e *não uma identidade fática entre ambos*. A necessidade de reflexão sobre a análise de elementos fático-jurídicos torna-se vital para a inteligibilidade da *ratio decidendi* do julgado, pois permite uma melhor compreensão do porquê a decisão do

caso que vai ser usado como precedente foi da maneira X e não da Y, bem como permite compreender as intenções dos julgadores do caso.

Neste diapasão, para ilustrar a necessidade de análise fática no uso de precedentes judiciais, Marinoni lembra um caso estadunidense que versava sobre isenção de responsabilidade das instituições de caridade (MARINONI, 2011, p. 394-395), que antes de 1940 o Judiciário estadunidense tinha o entendimento de que instituições de caridade gozavam de imunidades quanto à sua responsabilidade por danos causados, basicamente por entenderem que a responsabilidade indireta aplicava-se somente a instituições com fins lucrativos e que arcar com essa responsabilidade acabaria com os fundos das instituições de caridades, o que, por conseguinte, prejudicaria àqueles que precisam de seus serviços. Porém por volta de 1950 o entendimento a respeito do assunto mudou, em razão de mudança no contexto relativo às instituições de caridade, vez que, diferentemente de outrora, as instituições de caridade agora deixaram de serem instituições pequenas e sem fins econômicos e passaram a ser bem estruturadas e administradas e grandes organizações com grande capacidade econômica, logo, a responsabilização por seus danos não mais prejudicaria seus fundos.

O caso apresentado pelo referido processualista paranaense serve como ilustração para reforçar a necessidade de análise do contexto fático do precedente para o caso concreto como forma de garantir a inteligibilidade da decisão alcançada no passado e não só sua similitude com o caso-presente, mas possibilita também a sua renovação ou modificação de tese, pois a partir do contexto atual, em que está o julgador do caso-presente, é que se fará a mediação com o passado.

É também interessante ressaltar que o sistema de precedentes exige um constante trabalho de pesquisa sobre o posicionamento dos tribunais, pois a *autorreferência*, característica desse sistema, importa na necessidade de se voltar ao caso-precedente, no momento de julgar o caso-presente.

A autorreferência é o dever pelo qual o magistrado deve se referir ao que já foi julgado pelos seus pares anteriormente para decidir um caso similar. É uma fundamentação específica que deve conter uma expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte, i.e, a corte deve invocar, “para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores” (TUCCI, 2012, p. 105).

Assim, quando se analisa um precedente judicial, deve-se voltar para a análise de todo o caso pretérito; logo, para se descobrir o que é considerado *ratio decidendi* e o

que é *obiter dictum* é necessário analisar todo o caso concreto passado, daí a dificuldade e complexidade deste sistema, pois o julgador do caso-presente terá que analisar todo o conteúdo (o inteiro teor dos votos) do caso pretérito para saber como este foi julgado, daí a indissociabilidade entre questões de fato e questões de direito quando se busca saber o que motivou os magistrados anteriores a decidirem de uma maneira e não de outra

No mesmo sentido, Richard Posner (POSNER, 2012, p. 380-382), destaca a importância do passado (e de sua autoridade) nos casos a serem julgados, todavia, ressalta que o comportamento do julgador com o passado não pode ser de submissão, mas de diálogo com o caso pretérito, em uma mediação com o presente, aplicando-o se assim se entender que deve ser feito a partir do contexto em que está inserido (presente) e de suas implicações para o futuro.

A referida técnica⁶ é central em um sistema precedentalista, justamente para evitar que o uso de precedentes judiciais não viole aquilo que visa assegurar, isonomia no conteúdo das decisões judiciais, ou seja, para que casos iguais *em sua essência e não em sua identidade fática* não tenham decisões desiguais. Por conseguinte, torna-se fundamental que ao invocar – tanto o julgador quanto as partes – um precedente judicial para embasar sua argumentação no caso concreto, exista a necessidade de se fundamentar o porquê desta invocação de decisão passada, de demonstrar a similitude fático-jurídica entre ambos os casos que, por sua vez, demandaria decisão semelhante.

Enfim, a *inteligibilidade da ratio decidendi demanda uma análise fática não só para sua compreensão, mas também para a atualização dos pensamentos fixados a partir da mediação entre o passado e o presente que o sistema precedentalista permite ao se pautar no respeito às decisões pretéritas*. Ao comparar a narrativa do passado e com o contexto do presente, o julgador saberá se o pensamento ainda subsiste em seu tempo ou se houve modificação social que justifique alteração da tese outrora estabelecida.

Como vimos, o termo precedente remete a uma causa no passado, porém o que é obrigatório e deve ser observado para os casos posteriores análogos é apenas a *ratio decidendi* desta decisão, que consiste no pensamento jurídico que levou os julgadores a decidirem de determinada forma; logo, a aplicação de um precedente não é uma tarefa de simples subsunção.

⁶ A técnica também é condição *sine qua non* para que o *distinguishing* seja realizado, pois se trata de uma análise entre as questões fáticas do caso-precedente com o do caso-presente.

A *ratio* deve ser interpretada, extraída da decisão, não basta a simples leitura e aplicação da ementa ou da súmula, conduta presente em nossa prática forense.

A advertência já foi feita por Maurício Ramires (RAMIRES, 2010, p. 49-54). As ementas dos acórdãos – e a forma como são redigidas – são usadas como se trouxessem as respostas prontas e acabadas a serem reproduzidas aos casos posteriores análogos, como se fossem espelhos irretorquíveis do conteúdo das decisões. Ao longo do tempo foi se processando uma distorção do uso das ementas dos acórdãos, que *originariamente foram pensados para serem usados como facilitadores em pesquisas sobre decisões judiciais* e não como *standards* a serem produzidos para responderem questões futuras, com uma linguagem genérica e abstrata.

Esta forma de reprodução de ementas para justificar ou fundamentar as decisões judiciais deve ser repensada para que a cultura de precedentes não acabe reproduzindo precedentes judiciais de forma mecânica sem qualquer preocupação com a individualização dos casos.

O mesmo ocorre com as Súmulas, igualmente utilizadas como *standards*, e não como índices de consultas ou instrumento facilitador de pesquisa de precedentes, tal como eram em sua criação por meio da emenda número 2 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em 1963 (SCHMITZ, 2015, p. 314-316).

Ora, a inteligibilidade da tese fixada em um precedente deriva da análise do contexto da sua época, da narrativa em que a decisão está inserida. A reprodução mecânica de teses fixadas como se fossem *standards* a serem reproduzidos em casos futuros é prejudicial a diversos princípios fundamentais processuais, dentre eles a isonomia processual, vez que esta sistemática possibilitaria que casos iguais tivessem decisões desiguais, i.e, haveria a manutenção do *status quo* que se quer modificar com o atual código, vez que não é errado falar que vivemos em uma cultura de ementas, em que dificilmente os juristas lêem o inteiro teor das decisões.

Em suma, existem desafios a serem enfrentados em nossa prática forense para que possa haver a implementação de um sistema precedentalista em nosso país. Devemos ter o alerta para que esses vícios não venham a prejudicar nosso sistema precedentalista, transformando-os em comandos genéricos e abstratos a serem reproduzidos para o futuro.

4. A MUDANÇA DE NOSSA PRÁTICA FORENSE POR MEIO DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A lei é um veículo capaz de instigar mudanças sociais (de costumes), sendo a sua capacidade de alteração bem mais rápida do que as alterações feitas pelo direito consuetudinário. Nesse sentido, a reforma do Código de Processo Civil teve como fulcro a necessidade de alteração de algumas práticas forenses para a possibilidade de implementação de nosso sistema precedentalista.

Assim, o CPC/2015 destinou alguns dispositivos para cuidar do conteúdo argumentativo das decisões judiciais. O artigo 489, § 1º, IV, do CPC/2015 estipula não ser fundamentada a decisão judicial que não enfrentar os argumentos trazidos pelas partes. Pretende-se com isso evitar a prática dos julgadores de não fundamentarem suas decisões, evitar que suas decisões mais pareçam como escolhas entre os argumentos e teses apresentadas. O novo CPC/2015 não considera mais fundamentada este tipo de decisão. Agora as “fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidas pelas partes não serão mais aceitas” (BUENO, 2015, p. 325).

O inciso V do artigo 489, § 1º, do CPC/2015, proíbe a invocação de precedente sem que seja feita a análise de similitude fático-jurídica entre os casos, caso-precedente e caso-presente, demonstrando que a prática presente em nossa praxe, entre questões de fato e de direito, também está sendo combatida, pois, como discutido em tópico anterior, existe vital necessidade de se analisar o contexto fático do precedente judicial para não só ter maior inteligibilidade de sua *ratio decidendi* como também para melhor averiguar a similitude entre o precedente e o caso em julgamento.

A importância de superar este entendimento de cisão entre questões de fato e de direito não se restringe apenas a precedentes, mas também se aplica ao uso de ementas judiciais e súmulas. O artigo 926, § 2º, do CPC/2015 menciona que edições de súmulas deverão fazer referência aos casos precedentes que as originaram, reiterando a preocupação do código com a indissociabilidade entre questões de fato e de direito.

Como destaca Zaneti Jr., o dispositivo mencionado busca modificar a forma como as súmulas vinham sendo aplicadas em nosso ordenamento jurídico, visando “neutralizar o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma genérica e abstrata, com força de lei, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação” (ZANETI, 2016, p. 346).

O novo Código de Processo Civil quer incentivar o exercício de uma nova prática entre os magistrados de nosso ordenamento, de terem o costume de realizarem o

distinguishing ao invocaram precedentes judiciais e súmulas no momento de decidir, para, a partir da análise do conteúdo fático entre ambas os casos (e inclusive entre os casos que deram origem ao enunciado da súmula) averiguar a similitude entre os casos, que justifique o tratamento isonômico.

Em relação ao uso de ementas judiciais, os incisos já mencionados do § 1º do artigo 489 somado ao inciso III do mesmo dispositivo, do CPC/2015, que veda invocar motivos que poderiam ser usados para justificar qualquer outra decisão, demonstram a preocupação do novel código com uso de ementas de decisões judiciais como se fossem respostas à casos futuros, travestindo, desta forma, uma aplicação de precedentes em aplicação de ementas, que como defendido anteriormente, as ementas (assim como as súmulas) devem ser usadas apenas como guias nas buscas temáticas de decisões.

Por sua vez, os dispositivos que versam sobre o Incidente de Demandas Repetitivas parecem estar em sintonia com as preocupações sobre a necessidade de haver ampla publicidade na instauração do incidente e da participação do *amicus curiae*. O artigo 979 e seus parágrafos, do CPC/2015, destinam ampla preocupação com a publicidade do incidente, pois além de destacar em seu *caput* que o incidente deverá ter ampla publicidade quando instaurado, os parágrafos primeiro e segundo preocupam-se com a publicidade da decisão no incidente, destacando que o registro eletrônico das teses jurídicas firmadas nos incidentes (e armazenadas em cadastro eletrônico, conforme o § 1º do artigo 979) devem fazer referência aos fundamentos determinantes da decisão.

Em relação ao *amicus curiae*, cabe lembrar que este instituto, a partir do novo diploma, é cabível em demandas desde a primeira instância, consoante a redação do artigo 138 do CPC/2015, vez que o dispositivo menciona a figura do relator e do juiz como aptos a julgar a conveniência da participação do *amicus curiae* em determinada demanda. Sem olvidar, que o parágrafo terceiro do referido dispositivo aduz que o *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, clara menção à possibilidade deste instituto participar do novel incidente criado pelo novo CPC.

Os dispositivos referentes ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas revelam preocupação do atual código na possibilidade de existirem precedentes obrigatórios prematuros, que não possuem ampla e séria discussão da matéria.

O atual Código de Processo Civil demonstra, com base nos artigos mencionados, clara preocupação com o sistema precedentalista que quer criar, procurando combater práticas corriqueiras de nossa praxe forense que se mostram contrárias a sistemática

precedentalista, por conseguinte, busca instigar novas práticas em nossa rotina processual, principalmente em nossa forma de argumentar.

Não obstante as reformas trazidas pelo nosso CPC/2015, deve-se atentar que os vícios da praxe forense requerem tempo e maturação para serem modificados. O novo CPC – e a consequente implementação de um sistema de precedentes –, ainda é um projeto que deverá surtir frutos com o tempo. Portanto, fundamental a reflexão sobre estas condutas, de forma a repensá-las a partir da nova sistemática que se quer ter com atual código.

Espera-se que este afã de termos maior celeridade em nosso sistema processual por meio de precedentes judiciais não nos custe as garantias processuais conquistadas em outros tempos, que a compreensão de como funciona um sistema precedentalista, de suas complexidades e dificuldades, e da necessidade de repensarmos algumas de nossas práticas que são prejudiciais à funcionalidade deste sistema, nos permita vivenciar um sistema de precedentes garantidor de princípios constitucionais processuais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos grandes questionamentos da “importação” de institutos jurídicos estrangeiros está na sua capacidade de surtir efeito em ordenamento jurídico alienígena, pois os institutos jurídicos são – ainda que inconscientemente – reflexos culturais de sua sociedade, portanto, aquele que visa importar um instituto jurídico estrangeiro enfrenta o dilema de tentar encontrar no ordenamento jurídico, em que se quer implantar o instituto, um contexto cultural correspondente ao estrangeiro.

Não é à toa a crítica aqui enfrentada, vez que o sistema precedentalista surge em países de tradição oposta à nossa, em países que nunca se pautaram na lei como a única fonte do Direito. Neste diapasão, mudanças em nossas condutas tornam-se necessárias para termos um sistema precedentalista. Claro que estas mudanças não ocorrerão rapidamente (tal como o início de vigência de uma lei), mas demandarão tempo em razão de serem um reflexo de nossa tradição romano-germânica, apesar de que atualmente estas categorias já se encontram, de certa forma, imperfeitas.

Por sua vez, deverá haver certa cautela quanto aos efeitos de nosso sistema precedentalista, pois como dialogado neste trabalho, existem certas condutas em nossa prática forense que mostram-se prejudiciais a esta sistemática, tanto que o atual Código de Processo Civil destinou diversos dispositivos a modificar estes costumes do nosso

ordenamento jurídico. Uma preocupação com a realidade de nossa prática forense e a necessidade de modificá-la em prol da qualidade do sistema precedentalista que se visa criar.

Inegável a preocupação do novo Código de Processo Civil em modificar os costumes aqui discutidos e com a criação de um sistema precedentalista sério, tanto que estipula que os Tribunais mantenham sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, consoante o artigo 926, maturidade de reconhecer que a vinculação às decisões não deve ocorrer apenas em plano vertical, mas também em plano horizontal e que os julgadores devem aplicar suas próprias teses firmadas em casos pretéritos.

Portanto, o presente trabalho visa enfatizar que as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil tem o escopo de induzir uma mudança em nossa praxe forense para garantir que o sistema precedentalista a se criar seja garantidor (e não violador) dos direitos fundamentais. Admite-se a possibilidade de criação de sistema de precedentes judiciais a partir do novo código, em razão da capacidade da lei de induzir mudanças em nossos costumes, como respostas a valores sociais em mudança, e o papel do novo Código de Processo Civil, como instrumento apto a alterar as condutas discutidas de nossa prática forense que se revelam como óbices a um sistema de precedentes judiciais.

6. BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal.** Curitiba: Editora Juruá, 2012;
- BERMAN, Harold J.. *Law and revolution II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition.* London: Harvard University Press, 2003;
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2015;

- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;
- CHASE, Oscar G.. **Direito, cultural e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014;
- Dworkin, Ronald. **Império do Direito**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014;
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006;
- MARINONI, Luis Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;
- MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;
- POSNER, Richard A.. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012;
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010;
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014;
- TUCCI, Jossé Rogério Cruz e. “Parâmetros da eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012;
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial”. In: DIDIER JR. Fredie. (coord. Geral). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015;

ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodium, 2016.