

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

VALTER MOURA DO CARMO

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO

MARIA DE LURDES VARREGOSO SILVA DA COSTA MESQUITA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriano da Silva Ribeiro; Celso Hiroshi Iochama; Maria de Lurdes Varregoso Silva da Costa Mesquita; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-909-4

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Civil. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

Apresentação

É com elevada satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “PROCESSO CIVIL I” do VII Encontro Virtual do CONPEDI, com a temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, tendo como patrocinadores a Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO, com apoio da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay e do Instituto Jurídico Portucalense (IJP), em evento realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, de forma telepresencial.

Esta publicação reúne artigos sobre diversas temáticas relacionadas ao Direito Processual e seus desdobramentos. Esses artigos foram apresentados, discutidos e debatidos por autores, pesquisadores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. O conteúdo inclui textos doutrinários provenientes de diferentes projetos de pesquisa e estudos de vários programas de pós-graduação e de graduação, destacando assuntos jurídicos relevantes para o debate na comunidade científica.

A apresentação dos trabalhos se deu observando a seguinte ordem:

1. ACESSO À JUSTIÇA, CONSENSUALIDADE E CONSERVADORISMO: OS MEIOS NÃO-ADJUDICADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO PREMISA PARA O AMADURECIMENTO DA CIDADANIA NO BRASIL de Marcelo Veiga Franco e Augusto Vinícius Fonseca e Silva.
2. OS FILTROS DA REPERCUSSÃO GERAL E DA RELEVÂNCIA COMO INSTRUMENTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFETIVIDADE de Daniel Martins e Tamis Santos Faustino.
3. O ESTUDO DA TEORIA DO CONFLITO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITO de Mariana de Oliveira Carvalho.
4. ANOTAÇÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO/MEDIAÇÃO NO CPC /2015 de Arthur Lachter.

5. DESJUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: UMA ALTERNATIVA SOCIOECONÔMICA SUSTENTÁVEL NO ACESSO À JUSTIÇA de Anny Caroline Sloboda Anese, Aline Dal Molin e Galdino Luiz Ramos Junior.

6. DESJUDICIALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CAPITAL DE GIRO PESSOA JURÍDICA SEM GARANTIA REAL POR MEIO DA DAÇÃO EM PAGAMENTO: UMA ABORDAGEM AMIGÁVEL de Wagner Alcantara Ferreira.

7. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COM A FAZENDA PÚBLICA: O CAMINHO DO CONSENSO de Marília do Amaral Felizardo e Luiz Alberto Pereira Ribeiro.

8. (IN)EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO MECANISMO DO EXERCÍCIO DA ORDEM JURÍDICA JUSTA de Cleber Cosmo Batista e João Jose Baptista.

9. ENUNCIADO 141 DO FONAJE: REPRESENTAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS? ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA PRIMAZIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA de Camila Zolini Vaz.

10. A MOROSIDADE DO CREDOR FIDUCIÁRIO NA CONSOLIDAÇÃO DE PROPRIEDADE DE DEVEDORES NO ÂMBITO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA E OS PREJUÍZOS DA EFETIVIDADE PROCESSUAL AOS CONDOMÍNIOS de Lucas Fernando Varela.

11. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA REVELIA NO PROCESSO CIVIL PORTUGUÊS de Nathália Cavalcante Fernandes.

12. O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER de José Adelar de Mora, Camila Mota Dellantonia Zago e Matheus Henrique De Freitas Urgniani.

13. A SUPREMACIA DA CONSTITUÇÃO FEDERAL, A SEGURANÇA JURÍDICA E A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Isabela da Silva Oliveira.

14. DAS PROVAS E FALTA DE RESOLUÇÃO DA LIDE COM A IMPROCEDÊNCIA DA INICIAL E RECONVENÇÃO de Thiago Mattos De Oliveira, Pedro Henrique Marangoni e José Bruno Martins Leão.

15. ADMISSIBILIDADE DOS DADOS DIGITAIS COMO PROVA: REVISÃO DOS CONCEITOS DE MEIOS E FONTES DE PROVA NO PROCESSO CIVIL de Elba Suélen Silva Oliveira e Patrícia Moura Monteiro Cruz.

16. COLETIVIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NO IRDR E SEU IMPACTO NA EFICIÊNCIA JURISDICIONAL de Gabriela Oliveira Freitas, Cláudia Aparecida Coimbra Alves e Graziela Akl Alvarenga.

17. UNIFORMIDADE DECISÓRIA: O SISTEMA DE PRECEDENTES E A VINCULAÇÃO DO JUIZ de Maria Angélica de Souza Menezes, Vitor Henrique Braz Da Silva e Mariana de Oliveira Carvalho.

18. TERCEIRIZAÇÃO, SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Flávio Bento e Marcia Hiromi Cavalcanti.

19. BREVE ANÁLISE DO PRECEDENTE JUDICIAL NO CONTEXTO DO ARTIGO 489, §1º DO CPC/2015 de Arthur Lachter.

20. O CONFLITO ENTRE JURISDIÇÃO E HIERARQUIA NA EXECUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL de Francisco das Chagas Bezerra Neto, Ana Carla Alves da Silva e Hugo Sarmento Gadelha.

21. A APLICAÇÃO DE ASTREINTES POR DESCUMPRIMENTO DO DIREITO DE VISITAS NO PROCESSO CIVIL de Michel Elias De Azevedo Oliveira. Nair de Fátima Gomes e Ana Luiza Medeiros.

22. IMPUGNAÇÕES ÀS DECISÕES DE HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA de Valesca Raizer Borges Moschen, Isabela Tonon da Costa Dondone e Flora Gaspar da Silva.

23. IMPACTOS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: DIÁLOGO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO de Erika Araújo de Castro, Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Clarindo Ferreira Araújo Filho.

De modo geral, os textos reunidos refletem discursos interdisciplinares maduros e frutíferos. Nota-se uma preocupação salutar dos autores em combinar a análise dos principais contornos teóricos dos institutos com uma visão contemporânea de efetividade para o processo civil. A

publicação oferece ao público uma reflexão aprofundada sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são enriquecidos por investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica nacional e estrangeira, promovendo um intercâmbio essencial para encontrar soluções para as imperfeições do sistema processual.

É crucial enfatizar que os trabalhos apresentados são de grande importância para a pesquisa jurídica no Brasil, destacando-se pelo rigor técnico, sensibilidade e originalidade de modo a oferecer uma visão clara e enriquecedora sobre a resolução de conflitos, abordando suas problemáticas e nuances, além de ressaltar sua relevância para o direito e os desafios presentes.

Nesta ocasião, os organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO, com o apoio da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay e do Instituto Jurídico Portucalense (IJP). Um agradecimento especial vai para todos os autores que participaram desta coletânea, destacando o comprometimento e a seriedade demonstrados nas pesquisas e na elaboração dos textos de excelência.

Julho de 2024.

Profa. Dra. Lurdes Varregoso Mesquita

Docente do Instituto Politécnico do Porto e da Universidade Portucalense, Porto, Portugal;
Investigadora Integrada e Coordenadora do Grupo de Investigação em Processo do Instituto Jurídico Portucalense (IJP)

E-mail: lvm@upt.pt

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Coordenador e Docente do PPGD da Universidade Paranaense - UNIPAR

E-mail: celso@prof.unipar.br

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRSA

E-mail: vmcarmo86@gmail.com

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro

Docente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Universidade FUMEC

E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

**BREVE ANÁLISE DO PRECEDENTE JUDICIAL NO CONTEXTO DO ARTIGO
489, §1º DO CPC/2015**

**BRIEF ANALYSIS OF JUDICIAL PRECEDENT IN THE CONTEXT OF ARTICLE
489, §1º OF CPC/2015**

Arthur Lachter ¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o precedente judicial da forma que instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, sob a ótica da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Num primeiro momento será analisado o princípio da motivação das decisões judiciais, suas implicações e parâmetros. Para melhor compreender o instituto e a inovação no sistema de precedentes, investiga-se como o assunto era tratado no Código anterior, como parâmetro interpretativo. No momento seguinte será estudado o precedente judicial em si e a forma como foi instituído no CPC/2015, abrangendo todas as disposições previstas no artigo 489 e ainda no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, para finalmente verificar como seria a aplicação do precedente na fundamentação das decisões judiciais. O presente artigo científico tem como objetivo a discussão da forma de aplicação da atual legislação, quase dez anos depois da aprovação do CPC/15, para que haja uma reflexão séria acerca da negativa de vigência pela jurisprudência do atual sistema de precedentes.

Palavras-chave: Precedente, Princípio da motivação das decisões judiciais, Parâmetros anteriores, Alteração legislativa, Método de aplicação

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the judicial precedent in the way instituted by the Civil Procedure Code 2015, by the necessity of judicial decisions justified. At first, this paper will analyze the principal of judicial decisions motivated, their implications and standards. To better understand the institute and innovation in the precedent system, we investigate how the subject was treated in the previous Code, as an interpretative parameter. After that will be presented the judicial precedent and the way it was instituted by CPC/2015, , covering all the provisions set out in article 489 and also in article 927 of the 2015 Code of Civil Procedure, to finally verified hoe would be the application of precedent in the justification of judicial decisions. The purpose of this scientific article is to discuss how the current legislation is applied, almost ten years after the approval of CPC/15, so that there is a serious reflection on the denial of validity by the jurisprudence of the current system of precedents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Principal of judicial decisions motivated, Previous parameters, Legislative change, Application methods

¹ Graduado e mestre em Direito. Doutorando em Direito.

INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015 foi aprovado um novo Código de Processo Civil Brasileiro, que entrou em vigor um ano depois¹. A escolha pela criação de um novo código partiu da análise de parlamentares e processualistas de que uma nova reforma, por mais ampla que fosse, não seria suficiente para transmitir as novas ideias que deveriam ser implementadas². O grande objetivo da nova legislação, que também era das diversas reformas anteriores³, foi a busca pela maior efetividade dos processos cíveis no menor prazo possível⁴⁵.

A mudança irradiou efeito em vários institutos, criando alguns⁶, alterando outros⁷, mas principalmente influenciou na própria ideia do que seria e como deve ser o processo civil. O Código positivou vários entendimentos sumulados dos Tribunais Superiores, princípios constitucionais implícitos⁸ e explícitos. Só o tempo dirá se as mudanças surtirão o efeito desejado, porém o caos do sistema processual brasileiro impunha medidas urgentes e radicais para tentar alterar o

¹ O plenário do Superior Tribunal de Justiça editou enunciados administrativos em 02/03/2016, tendo o enunciado número 1 a seguinte redação: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”.

² Dentre as justificativas apresentadas pela Comissão de Juristas, na entrega do anteprojeto de Código de Processo Civil, podemos destacar as diversas alterações legislativas no Código anterior, que teriam gerado o enfraquecimento da coesão entre as normas processuais, bem como a atualização do Código em face a Constituição da República de 1988, além de demonstrarem preocupação com a eficácia do processo e segurança jurídica.

³ Lei 5.925/73, Lei 8.052/94, Lei 10.444/2002, Lei 11.232/2005, entre outras.

⁴ Em 2015, tramitavam no Brasil mais de cem milhões de processos, segundo o relatório Justiça em Números de 2016

(http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qyw_l%2FPainelCNJ.qyw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT acesso em 12/04/2024).

⁵ A razoável duração do processo foi inserida como direito fundamental expresso na Constituição de 1988 através da Emenda Constitucional 45/2004 e passou a orientar o processo civil. A partir desse mandamento, houve uma maior preocupação com o tempo de andamento dos processos, porém esvaziando o princípio da celeridade, para determinar o tempo de duração necessário ao correto deslinde da causa. Dando contornos ao princípio constitucional, o Código de Processo Civil de 2015, positivou o entendimento que sua aplicação inclui a atividade satisfativa (art. 4º do CPC). Nunca é demais lembrar a célebre frase do mestre Rui Barbosa: “*Justiça tardia não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta*”.

⁶ Como, por exemplo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que trouxe ordem processual para a inclusão de sócio ou pessoa jurídica no processo (arts. 135/137).

⁷ Como, por exemplo, o ônus da prova, que pode ser atribuído pelo juiz de modo dinâmico, dependendo das condições das partes em produzir determinada prova, consoante o artigo 373, § 1º do CPC.

⁸ Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade já eram considerados como princípios constitucionais implícitos pela jurisprudência (por todos: STJ, AgInt no REsp 1576358/RS, Relator Ministro Og Fernandes, Órgão Julgador 2ª Turma, Data do Julgamento: 15/08/2017, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/08/2017), mas o CPC ao trazê-los expressamente, em seu artigo 8º, determinou que o juiz deverá atendê-los na aplicação de todo o ordenamento jurídico. Particularmente no processo civil, esses princípios devem ser usados como parâmetros, por exemplo, para determinar se um ato nulo causou ou não prejuízo. É como pensa Gisele Góes: “*O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos*” (GÓES, 2004, p. 180.).

status quo. Parafraseando a frase célebre, seria loucura permanecer com os mesmos instrumentos e esperar resultados diferentes⁹.

O Código de Processo Civil de 2015 claramente privilegiou entre suas regras e princípios, o valor da segurança jurídica¹⁰. Tanto a busca pela efetividade quanto a preocupação com a razoável duração do processo, devem ser entendidos como princípios ligados àquele valor. Com uma maior preocupação com a segurança jurídica, a justiça do caso concreto fica um pouco em segundo plano¹¹, mas tal opção foi a escolhida pelo legislador para tentar solucionar as dificuldades até então encontradas.

Para atacar os vários problemas do sistema processual anterior, o CPC se fundou em alguns pilares básicos¹², como por exemplo, princípio do contraditório mais efetivo e rígido, amplo incentivo a autocomposição (e heterocomposição de conflitos), além de inaugurar no direito brasileiro um verdadeiro sistema de precedentes.

No que tange ao princípio constitucional do contraditório ganhou contornos mais rígidos e efetivos nos artigos 9º e 10 do CPC/2015. Além de não ser possível ser proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (salvo exceções legais), “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”¹³. Classicamente o princípio processual do contraditório exigia um comportamento do juiz, consubstanciado no dever de informar a parte contrária de uma situação processual e no ônus da parte em poder reagir. Com esses artigos, o contraditório passou a ter outros elementos, quais sejam a vedação da decisão surpresa e o poder de influência da parte na decisão judicial.

⁹ Apesar de não haver comprovação histórica que Albert Einstein tenha dito que: “*Insanity is doing the same thing over and over again but expecting different results*” (Loucura é continuar fazendo a mesma coisa e esperar resultados diferentes”), tal expressão é atribuída muitas vezes a ele.

¹⁰ Nesse sentido se manifestou o Ministro Luiz Fux em texto publicado pela revista eletrônica Conjur em 22 de março de 2016 (<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa> acesso em 12/04/2024).

¹¹ Esse entendimento foi deixado calor no item 1 da Exposição de Motivos do CPC: “*Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma*”.

¹² A ideia central, já exposta no artigo 1º do Código é compatibilizá-lo com a Constituição da República de 1988, sendo que todas as outras “ideias basilares” do Código provém desse intuito. Vale destacar que esse é o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, elaborado, votado, aprovado e com entrada em vigor durante um regime democrático.

¹³ Artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015.

Vale a pena transcrever a valorosa lição do professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sobre o tema (WAMBIER, DIDIER JUNIOR, TALAMINI e DANTAS, 2015, pg. 78):

“A garantia do contraditório pressupõe não só o direito de as partes serem cientificadas de todos os atos do processo, de apresentarem as suas manifestações e provas em igualdade de condições mas também que elas sejam devidamente apreciadas pelo juiz por ocasião da decisão (art. 489, 1º) (...). o contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor. Todavia, nenhuma das perspectivas assinaladas ser[a desenvolvida se o processo não for pautado na paridade de armas e cooperação entre os sujeitos processuais”.

O poder de influência nesse caso é garantido pelo artigo 489, § 1º do CPC, em especial no seu inciso IV, que considera não fundamentada qualquer decisão judicial que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”. Da mesma forma que o princípio do contraditório ganhou contornos mais rígidos nos artigos 9º e 10 do CPC, o princípio da motivação das decisões judiciais teve a mesma sorte nos parágrafos do artigo 489 do CPC. O dever de analisar as argumentações e precedentes invocados pelas partes nas decisões judiciais passou a ser verdadeiro direito subjetivo dos litigantes e dever do julgador¹⁴, além de fator de legitimação do Poder Judiciário.

É justamente na análise da fundamentação da decisão judicial em relação aos precedentes que o presente trabalho vai focar. Num primeiro momento analisando os contornos do princípio da motivação das decisões judiciais para posteriormente tentar identificar e entender qual seria o precedente idealizado pelo CPC e finalmente fazer um cotejo da aplicação ampla do artigo 489, §, incisos V e VI do CPC/2015.

¹⁴ “Quanto à exigência de fundamentação das decisões judiciais, trata-se, a um só tempo, de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública. É um princípio constitucional porque a Constituição a prevê como um padrão imposto aos órgãos jurisdicionais, em caráter geral, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato decisório (CF, art. 93, IX). É um dever do julgador, porque deriva do devido processo legal, também assegurado constitucionalmente (CF, art. 5º, LIV) e faz parte essencial da resposta formal que o juiz não pode deixar de dar à parte, segundo a estruturação legal da sentença e das decisões em geral (NCPC, arts. 6º, 9º, 10 e 11), além de constituir expediente necessário ao controle da regularidade e legitimidade do exercício dos deveres do juiz natural, coibindo abusos e ilegalidades. Como garantia para a Administração Pública, a exigência de motivação vai além da garantia endoprocessual, em benefício das partes, funcionando como uma garantia política de existência e manutenção da própria jurisdição, no que diz respeito ao controle do seu exercício” (THEODORO JUNIOR, 2015, pgs. 94-95).

1. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O artigo 93, inciso IX da Constituição da República de 1988 traz a seguinte redação: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”* (grifei). Já o CPC, em seu artigo 11, repete a disposição constitucional, sem contudo mencionar a presença das partes e advogados nos julgamentos¹⁵.

Em sua parcela majoritária a doutrina considera o princípio da fundamentação e da motivação das decisões judiciais como sinônimos¹⁶, apesar que a nomenclatura do primeiro tem matriz constitucional e a do último legal. O que se deve concluir é que, da mesma forma que o fundamento é elemento essencial da sentença, a necessidade de justificar como se alcançou determinada decisão é dever legal e constitucional do julgador.

Mais que isso, a necessidade do julgador fundamentar (ou motivar) sua decisão é um verdadeiro direito fundamental¹⁷, bem como uma garantia para os litigantes¹⁸, intrinsecamente ligado à garantia do contraditório¹⁹ e à própria legitimidade do Poder Judiciário²⁰. Por outro lado, a fundamentação das decisões judiciais, por não ter contornos constitucionais claros, poderia facilmente ser descumprida ou pelo menos não cumprida em sua integralidade.

O novo Código de Processo Civil, em nenhuma passagem efetivamente especificou o como seria uma decisão fundamentada, porém através dos parágrafos do artigo 489, trouxe várias hipóteses do que não seria uma decisão fundamentada²¹. As situações contidas na regra

¹⁵ Art. 11 do CPC/2015: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

¹⁶ Essa interpretação será adotada no presente trabalho.

¹⁷ “A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão” (CANOTILHO, 2013, pg. 1.324).

¹⁸ “Este dever é uma decorrência natural do acesso à justiça e do devido processo legal, garantias expressamente asseguradas pela Constituição (art. 5º, XXXV e LIV e art. 93, IX). A motivação serve de garantia para as partes, como contraponto à liberdade que o magistrado tem para decidir de acordo com seu livre convencimento. Ela também permite um controle da adequada prestação jurisdicional pelas partes e terceiros (sociedade como um todo), pelos próprios órgãos jurisdicionais – caso dos Tribunais hierarquicamente superiores – e, ainda, por aqueles que exercem outra forma de controle, como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ”. (WAMBIER, DIDIER JUNIOR, TALAMINI e DANTAS, 2015, pgs. 85-86).

¹⁹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, pg. 173.

²⁰ Como no Brasil os juízes não são eleitos, cabe aos magistrados, em todas as suas decisões, demonstrarem através de argumentos como chegaram às suas conclusões. Não é a toa que o princípio da publicidade vem disciplinado no mesmo artigo, seja na Constituição da República, seja no Código de Processo Civil, pois também a publicidade é instrumento para validar e legitimar a atuação dos julgadores.

²¹ A estratégia escolhida pelo legislador nesse ponto parece ter sido a mais acertada. Isso porque diante da impossibilidade de prever todos os casos concretos e formas de fundamentação de sentença, pelo menos pode-se

processual não são exaurientes e sim exemplificativas²², sendo perfeitamente possível surgir decisão não fundamentada em caso diverso.

Algumas hipóteses do artigo 489, § 1º do CPC são intuitivas, como mera indicação ou reprodução de atos normativos ou conceitos jurídicos indeterminados sem relacioná-los ao caso concreto. Outras são corajosamente inovadoras, como a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador²³ (art. 489, § 1º, IV do CPC).

Ocorre que o inciso acima mencionado corre o risco de se tornar letra morta. Note-se que se cabe ao julgador decidir quais argumentos em tese poderiam fazê-lo decidir de forma diferente, parece difícil exigir que o próprio enfrente argumentos que não o convenceram, principalmente diante da independência funcional inerente a magistratura. Porém, há que se confiar no dever do magistrado em cumprir a legislação positiva. No caso de alguma violação pontual ao dever de motivar as decisões (nos moldes dos parágrafos do artigo 489), o próprio Código apresenta soluções, como um sistema coerente e harmônico de preceitos normativos.

Como dito acima, o CPC tem como um dos pilares de sustentação o contraditório, com contornos reformulados. Se surge um argumento novo (após a petição inicial ou contestação) em qualquer das manifestações das partes, a outra deve ter a possibilidade de se manifestar, sendo que o momento ideal para tanto é a decisão de saneamento. Se isso não ocorrer durante o trâmite processual, o juiz deverá oportunizar o contraditório na sentença, eventualmente convertendo o julgamento em diligência, para cumprir o disposto no artigo 10 do CPC. Se também não o fizer, em sede de apelação, ainda há possibilidade de aplicação do artigo 1.013, § 3º, IV do CPC, para sanar o defeito de fundamentação.

Como se vê, o princípio da motivação das decisões judiciais é protegido por diversas regras processuais que lhe sustentam. Esse sistema de proteção deve ser acionado em qualquer tentativa de não se cumprir as especificações e por que não dizer, núcleo duro do direito fundamental de fundamentação das decisões judiciais.

Outra situação preocupante que envolve o princípio da motivação das decisões judiciais é a crença de grande parte da jurisprudência pátria no sentido que se mantém hígido com o

tentar extirpar do ordenamento jurídico aqueles modelos conhecidos de decisão judicial em que se entendeu não respeitar o núcleo duro do mandamento constitucional.

²² WAMBIER, DIDIER JUNIOR, TALAMINI e DANTAS, 2015, pg. 1.232.

²³ Há que se ter em mente que algumas decisões judiciais estão cobertas pelo manto da preclusão e sequer podem ser reavaliadas no momento da sentença. É o que acontece, por exemplo, com a decisão de saneamento do processo, que se torna estável após o prazo de 05 (cinco) dias para as partes pedirem esclarecimentos ou solicitarem ajustes (art. 357, § 1º do CPC).

novo código o entendimento fixado na vigência do CPC/73²⁴ de que o julgador não precisaria enfrentar todos os argumentos postos no processo pela parte (que será) vencida, se existir motivo suficiente para por si só fundamentar a decisão tomada.

A referida tese parece não casar perfeitamente com a prescrição do artigo 489, § 1º, IV, que expressamente determina que todos os argumentos capazes de em tese alterar a conclusão do julgador devem ser analisados na sentença, sob pena da mesma não ser considerada fundamentada. Já na vigência do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça proferiu parecendo reviver o entendimento anterior, senão vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015). Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.**

4. Embargos de declaração rejeitados”.

(EDcl no AgRg no ERESP 1.483.155/BA, Relator Ministro OG FERNANDES, Corte Especial, Data do Julgamento: 15/06/2016, Data da Publicação/Fonte: DJe 03/08/2016). Sem grifo no original.

Com todas as vênias à decisão acima, o entendimento reafirmado, que se mantém gera o risco concreto de tornar letra morta o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489. Compreende-

²⁴ STJ, REsp 214277/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, Órgão Julgador 5ª Turma, Data do Julgamento: 19/08/1999, Data da Publicação/FonteDJ: 20/09/1999 p. 82.

se o grande volume de processos em curso no país, bem como o atraso na produção das decisões judiciais, porém, a escolha do legislador, efetivando princípios constitucionais deve ser seguida pelos juízes, guardiões do direito.

Outra importante inovação pode ser encontrada nos incisos V e VI do parágrafo 1º do artigo 489, especialmente em relação a menção “precedentes”. No atual sistema processual civil, uma decisão não é fundamentada se somente invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes ou demonstrar que aquele se amolda ao caso concreto. Da mesma forma não é fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar distinção ou superação do entendimento.

Muitos entendem que há algum tempo o sistema jurídico brasileiro, típico da *civil law* vem se aproximando e convergindo com o sistema da *common law*, o que daria origem a um sistema híbrido, tendo a jurisprudência papel importante na formação do direito. Na verdade, esse movimento também se dá em países de matriz jurídica da *common law*, como no Reino Unido, que recentemente aprovou seu código de processo civil²⁵.

Há que se destacar que desde a Constituição Republicana de 1891 já se nota uma interseção entre os sistemas da *common law* e *civil law*, influenciando o ordenamento jurídico pátrio, por exemplo com a criação do *judicial review* e a manutenção da tradição romano-germânica no que tange às leis escritas²⁶.

A verdade é que o Código de Processo Civil de 2015 conferiu ao precedente judicial papel que ele nunca possuiu no direito brasileiro²⁷. Atualmente, se a parte apresentar um precedente como um argumento em processo, o juiz deve se manifestar sobre ele na decisão, da mesma forma que deve se manifestar sobre um argumento fático ou outro argumento jurídico.

2. PRECEDENTE JUDICIAL

²⁵ Em 1998 foi editado o Código de Processo Civil (The Civil Procedure Rules 1998) obrigatório na Inglaterra e País de Gales. A legislação escrita não é estranha em países que seguem a *common law*, porém a escolha por um código em um país que sequer apresenta Constituição escrita em documento único indica a procura por novos mecanismos para solucionar problemas que atingem o Poder Judiciário de igual forma em vários países, como a morosidade do sistema de Justiça.

²⁶ “O cruzamento ocorreu entre a ‘tradição’ do *common law* norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a ‘tradição’ romano-germânica, predominante na Europa continental, do qual se recepcionou o direito privado, o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o direito penal e processual penal” (ZANETI JUNIOR, 2016, pg. 30.)

²⁷ Na verdade, desde a Constituição Republicana de 1891 já se nota uma interseção entre os sistemas da *common law* e *civil law*, influenciando o ordenamento jurídico pátrio, por exemplo com a criação do *judicial review* e a manutenção da tradição romano-germânica no que tange às leis escritas.

No vernáculo, precedente significa algum fato ou ato anterior, levando em consideração outro que está sendo considerado no presente ou será no futuro. Já no mundo jurídico, a expressão precedente está ligada a uma decisão judicial prévia. Dessa forma, precedente pode ser considerado como “*decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos* (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pg. 441)”.

No direito anglo-saxão a teoria do precedente se desenvolveu plenamente ao longo dos séculos, mesmo porque a Inglaterra não reconhecia a autoridade do direito romano da mesma forma que a Europa continental o fez. Dessa forma, o direito inglês teve como base a jurisprudência, cabendo aos juízes não só aplicar, mas encontrar e explicitar as regras do direito²⁸²⁹. Dessa forma, intuitivamente passou-se a aplicar regra de soluções análogas para casos iguais³⁰.

Já a noção de vinculação ao precedente passou a ser imposto na Inglaterra a partir da segunda metade do século XIX, admitido pela Câmara dos Lordes, podendo ser melhor representada na decisão do caso *London Street Tramways v. London County Council*, no qual aquela Corte se recusou a rever entendimento fixado pela própria poucos anos antes³¹. A partir desse momento a teoria dos precedentes evoluiu para a teoria do *stare decisis*³².

O *stare decisis* consolida a ideia que se o caso a ser analisado apresenta os mesmos elementos do caso já decidido (precedente), a aplicação da mesma posição jurídica é obrigatória e vinculante³³. O precedente pode se originar de forma vertical, quando formado por um Tribunal Superior e deva ser seguido por um Tribunal hierarquicamente inferior ou de forma

²⁸ DAVID, Rene; tradução: Hermínio A. Carvalho. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed., 2. tiragem. Martins Fontes: São Paulo, 1998, pg. 341.

²⁹ Importante destacar que há legislação escrita tanto no direito norte-americano quanto no direito britânico. Dessa forma, o julgador parte da palavra da lei para não só interpretá-la, como também desvendar o seu real significado, criando o direito para solucionar o caso concreto, podendo a decisão inclusive se tornar um precedente.

³⁰ “Likes cases should be decided alike”.

³¹ Adriana de Moraes Vojvodic, em sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo repercute a decisão judicial acima, apontando-a como “o ápice da consolidação da doutrina positivista do precedente judicial” e reproduz um trecho da decisão do Lorde Halsbury, que defendeu a necessidade de estabilização dos litígios, mesmo que a solução encontrada não fosse a mais adequada: “Obviamente que eu não nego que casos de dificuldade individual podem surgir, e pode haver uma opinião em meio à profissão de que uma ou outra decisões são errôneas; mas o que é um inconveniente ocasional, com o que talvez seja uma justiça abstrata, se comparado com a inconveniência - a desastrosa inconveniência - de ter cada questão sendo re-discutida e as relações entre os homens feitas duvidosas em função de diferentes decisões, de modo que na realidade não houvesse mais uma real corte de apelação”. (VOJVODIC, 2012, pgs. 48-50).

³² Termo latino que significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”.

³³ “Numa palavra, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do common law obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou, conforme anota Thomas Lundmark, em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais”. (STRECK e ABOUD, 2013, pg 42).

horizontal, quando a Corte de Justiça se encontra vinculada ao precedente que ela própria criou (ODAHARA, 2012, pgs. 86-87).

Partindo da teoria do *stare decisis*, há que se identificar os elementos do precedente vinculante. Ensina Cruz e Tucci que “*todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório*” (TUCCI, 2004, pg. 12). Em outras palavras, a decisão que gera precedente apresenta um caráter geral³⁴, criando verdadeira regra jurídica e um caráter individual, que serve para solucionar especificamente aquele caso concreto³⁵.

Na verdade, a parte vinculante do precedente é sua *ratio decidendi* ou *holding*³⁶. Este não se confunde com a fundamentação (MARINONI, 2010, pg. 221), apesar da primeira expressão poder ser traduzida livremente como “razão para a decisão”. A sua conceituação é uma das tarefas mais complicadas na doutrina dos precedentes. Para ajudar nessa tarefa, vale a pena transcrever a valorosa lição do professor Pierluigi Chiassoni, citado por Lênio Strck e Georges Abboud, sobre os sete conceitos de *ratio decidendi verbis* (STRECK e ABBOUD, 2013, pg. 43):

“é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para decidir o caso e, por último, é a relação entre resolução motivada do caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes”.

³⁴ Imaginemos a seguinte situação: a primeira vez que uma pessoa ajuizou ação buscando a retirada de seu nome indevidamente negativado em cadastros restritivos de crédito e indenização por danos morais. O ordenamento jurídico garante a reparação monetária por dano moral sofrido, porém naquele momento não se sabia qual o alcance da norma, ou seja, se a negativação indevida seria causa para a reparação pretendida. Quando o Tribunal decidiu que tais casos geram o dever de indenizar, criou uma norma geral válida para todos os casos semelhantes, sendo essa vinculante. Para resolver o caso concreto, fixou o montante indenizatório, esse sim específico para cada caso, individualizado e por isso não vinculante.

³⁵ A parte que versar exclusivamente sobre o caso individual, não tem efeito vinculante e não pode ser considerada propriamente precedente.

³⁶ A *ratio decidendi* deve ser compreendida como sinônimo de *holding*, já que a primeira expressão é mais utilizada pelos ingleses e a última pelos americanos. Nesse sentido: SILVA, 2005, pg. 182 e MELLO, 2008, p. 118.

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que realmente importa para a criação (ou descoberta) da norma e que por isso mesmo tem aplicação a demais casos semelhantes, de forma obrigatória. É o fundamento determinante da decisão³⁷, sua essência, cabendo ao julgador identificá-la e demonstrar que o caso analisado se amolda àquele, exatamente como determina o artigo 489, § 1º, V do CPC.

Além da norma geral (*ratio decidendi*) e da norma individual (decisão para o caso concreto), a decisão judicial pode conter também o *obiter dictum* ou *dictum*, que Fredie Didier Júnior conceitua como “o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pg. 444)”.

3. O PRECEDENTE NO CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 menciona a expressão precedente em apenas quatro passagens³⁸, o que pode parecer pouco para uma Lei que instituiu o sistema de precedentes no direito brasileiro. Porém, nesse momento histórico de transição e adoção de conceitos até então estranhos para a grande massa dos operadores do direito, a opção legislativa se mostrou prudente.

Cabe nesse momento uma observação. O ordenamento jurídico, já vinha adotando de muito, um sistema de precedentes obrigatório, mesmo que sem emprestar essa nomenclatura. Essa é a conclusão que se chega quando lembramos da Ação Direta de Constitucionalidade³⁹, Ação Declaratória de Preceito Fundamental⁴⁰, entre outras. Ora, se basta a obrigatoriedade do julgador seguir uma decisão anterior que foi dada sob as mesmas condições do caso concreto a ser analisado, para se considerar existente um sistema de precedentes, não há como negar que ele existe há algumas décadas no Brasil.

³⁷ “É tradicional, no estudo dos precedentes, chamar-se o fundamento determinante da decisão de *ratio decidendi* e o fundamento não determinante de *obiter dictum*.” (CÂMARA, 2016, Pg. 1.201).

³⁸ Duas menções se dão no artigo 489, § 1º, incisos IV e V, apontando que não é fundamentada a decisão que simplesmente invocar precedente sem demonstrar o ajuste ao caso concreto, bem como identidade entre os fundamentos determinantes de ambos os julgados. A terceira menção se dá no artigo 926, § 2º que ao tratar da jurisprudência, especificamente determina que os Tribunais na edição de enunciado súmula deverão atentar-se às circunstâncias fáticas que motivaram a sua criação. E por fim no art. 927, § 5º quando determina que os Tribunais deverão dar publicidade adequada aos precedentes.

³⁹ Artigo 102, § 2º da Constituição da República (desde a redação da EC 03/93) e artigo 28, parágrafo único da Lei 9.868/99.

⁴⁰ Artigo 8, § 3º da Lei 9.882/99.

Por outro lado, também é inegável que o Código de Processo Civil procurou avançar no tema e efetivamente trazer o precedente obrigatório de forma ampla, distinguindo-o do sentido que vinham sendo usados comumente pelos Tribunais, qual seja, mera decisão anterior daquela ou de outra Corte⁴¹. Com o CPC atual não parece recomendável usar a expressão precedente naquele sentido⁴².

Mas uma questão surge como essencial: qual decisão judicial poderia ser um precedente? Dependendo da resposta, poderíamos ter pouquíssimos ou exponencial número de possíveis precedentes. Um primeiro norte poderia ser as decisões contidas no artigo 927⁴³ do CPC, que determina a observância dos juízes e Tribunais em relação às decisões listadas. Há quem defenda a inconstitucionalidade, pelo menos parcial, do referido dispositivo, já que impõe aos magistrados a obrigatoriedade de respeitar decisões que a Constituição Federal não trata como vinculantes (TUCCI, 2015, pg. 454).

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que justamente o artigo 927 do CPC traz o rol legal de decisões que podem gerar precedente⁴⁴, ou seja, que a sua *ratio decidendi* é vinculante (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pgs. 455-456). Há também quem pense que o artigo não chega a dizer mais do que o óbvio em relação a todas as decisões que já eram obrigatórias, como as decisões do STF em controle concentrado e julgamentos repetitivos, sendo inúteis as menções às súmulas, por exemplo, que nunca tiveram esse caráter (WAMBIER, DIDIER JUNIOR, TALAMINI e DANTAS, 2015, pgs. 2.076-2.077).

⁴¹ A título de curiosidade, vale a pena analisar a ementa de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça lavrado no longínquo ano de 1991: “MANDADO DE SEGURANÇA. **NÃO COMPETE AO STJ JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRAATO DE ORGÃO PRESIDIDO POR MINISTRO DE ESTADO.** CF, ARTIGO 105, I, B. **PRECEDENTES**”. (MS 39/DF Relator Ministro José de Jesus Filho, 1ª Seção, Data do Julgamento: 12/11/1991, Data da Publicação/Fonte DJ 09/12/1991 p. 17993). Sem grifo no original.

⁴² Mesmo porque se fosse usada a expressão dessa forma, além da confusão da nomenclatura, praticamente obrigaria todo julgador a se manifestar (na forma do art. 489, § 1º, V e VI) sobre milhares, quiçá milhões de julgados.

⁴³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁴⁴ No seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, do qual participaram cerca de quinhentos magistrados, de todo o país foi aprovado o enunciado 11, com a seguinte redação: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332”. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf> acesso em 12/04/2024.

Vale destacar que o Código não prescreve de forma clara quais tipos de decisões poderiam ser precedentes⁴⁵, deixando margem, por exemplo, para entendimento que decisão da 1ª instância poderia se tornar um precedente. Em outra ótica uma decisão em ação cível originária de Tribunal Superior, poderia eventualmente se tornar precedente. Ocorre que apesar da aproximação com a cultura da *common law*, parece ainda intrínseca na nossa comunidade jurídica a necessidade de legislação⁴⁶, inclusive para esclarecer o que pode e o que não pode ser precedente.

Parece que um primeiro ponto é isolar o conceito de precedente (vinculante) de outros tipos de decisão judicial. O próprio art. 489, § 1º, VI concede um norte, pois se no mesmo dispositivo o legislador proíbe que enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente sejam ignorados, parece lógico que os dois primeiros não podem ser sinônimos do último.

Na verdade, parece uma gradação. Jurisprudência seria o conjunto de decisões reiteradas de um Tribunal no mesmo sentido⁴⁷, já súmula é “o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados (NERY JUNIOR e NERY, 2015, pg. 172)”. Precedente poderia ser então o *leading case* que gerou toda essa cadeia de decisões, cujo valor vinculante seja atribuído por lei ou que advenha da própria decisão e que dessa forma deva ser seguido futuramente nos casos que se amoldem ao caso anterior.

Por fim, se mostra necessária uma observação acerca do artigo 926 do Código de Processo Civil. Esse dispositivo determina que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Ora, a própria premissa de um sistema de precedentes vinculantes é a possibilidade de identificar com clareza o posicionamento do

⁴⁵ “A versão final do NCPC, lamentavelmente, abandonou o regramento específico que estava previsto no Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados. Após estabelecer a hierarquia dos precedentes e firmar o STF e o STJ como cortes de vértice, o projeto passava a tratar a respeito do que denominava de fundamentos determinantes que tenham sido utilizados pela maioria dos precedentes (art. 521, § 3º do Substitutivo). Na sequência, no § 4º, deste artigo 521, dispunha sobre os fundamentos que não terão efeito vinculante sobre os tribunais e juízes, que são os ‘prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão’ e os ‘não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão’”. (DIDIER JUNIOR, MACÊDO, PEIXOTO e FREIRE, 2016, pg. 960).

⁴⁶ Historicamente nos países de tradição da *common law*, o precedente se torna obrigatório não por disposição legal ou por vontade do órgão julgador, mas sim pela própria força e essência da decisão. Ela própria tem uma autoridade que não é conferida por agente externo, sendo que muitas vezes é adquirida ao longo de décadas de consolidação. Justamente em razão da nossa tradição de *civil law*, esse tipo de precedente não teria impacto direto e atual no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual as decisões vinculantes e a necessidade de se manifestar sobre o precedente na decisão judicial vieram impostos por lei.

⁴⁷ Paulo Nader, adotando a linha doutrinária de A. Torrè classifica a jurisprudência em sentido amplo e sentido estrito, sendo a primeira a “coletânea de decisões proferidas pelos tribunais sobre determinada matéria jurídica”, podendo ser uniforme ou divergente. Já a jurisprudência em sentido estrito seria apenas o conjunto de decisões uniformes referentes a uma determinada questão jurídica. (NADER, 2015 pg. 172).

órgão julgador, a linha de julgamento para depois se buscar o precedente e a *ratio decidendi*, sendo esse artigo consequência do sistema de precedentes (DONIZETTI, 2017, pg. 1.191).

A intenção do artigo retro deve ser aplaudida, pois essencial para a verdadeira segurança jurídica (MARINONI, 2014, pgs. 168-169). A dúvida que permanece é a efetividade do dispositivo⁴⁸. Isso porque não há previsão de qualquer sanção no caso de descumprimento, mas apenas a conscientização de cada órgão julgador ou de cada magistrado. Infelizmente, o tempo tem mostrado que se trata de mais uma disposição legislativa fadada a se tornar letra morta por falta de aplicação.

4. O PRECEDENTE E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Partindo das premissas acima, chega-se ao ponto central do presente trabalho, qual seja, como aplicar corretamente os incisos V e VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC, no que tange aos precedentes.

O precedente pode ser trazido aos autos pelas partes ou de ofício, pelo julgador. Na última hipótese, assim que houver a percepção acerca da existência do precedente, deverá o magistrado intimar as partes para que se manifestem sobre o referido precedente⁴⁹. Tanto o autor quanto o réu podem apresentar precedente(s) em qualquer oportunidade de manifestação⁵⁰ nos autos, mas idealmente seria na petição inicial e na contestação.

Questão interessante é saber como as partes podem alegar um precedente durante o processo judicial. Bastaria a simples menção de existência de precedente, sem qualquer comprovação? Seria exigível a ementa do julgado? Ou haveria necessidade de trazer aos autos os votos que originaram o acórdão? Mais uma vez o Código não responde diretamente a essa indagação, porém analisando-o sistematicamente, chega-se a conclusão que seria necessário a

⁴⁸ Esse dispositivo foi inspirado no revogado instituto da uniformização da jurisprudência, previsto nos artigos 476-479 do Código de Processo Civil de 1973. Essa constatação é verificada quando analisamos os parágrafos do artigo 926 do CPC/2015, que aponta como mecanismo para a uniformização da jurisprudência dominante a edição de súmula pelos Tribunais, justamente como fazia o artigo 479. Na verdade, o Código anterior tratava da forma como poderia ser suscitado e trazia a uniformização como incidente, já o atual evita tais formalismos. A preocupação com a efetividade do instituto é válida, já que o anterior nunca conseguiu atingir seu objetivo.

⁴⁹ Bastaria o artigo 10 do CPC para se chegar a essa conclusão, mas além dele o Código trouxe determinação expressa (art. 927, § 1º), que o contraditório deve ser cumprido na aplicação do caput do art. 927, nos termos do artigo 10 e 489, § 1º. Em outras palavras, há um reforço normativo no sentido que apesar de precedente, se surgir de ofício ou trazido por uma parte em manifestação final, deve ser concedida a possibilidade de contraditório antes do juiz proferir a decisão.

⁵⁰ Caso eventualmente não possa ser alegado na primeira oportunidade, por exemplo, porque fora formado após o ajuizamento da ação, o precedente judicial deve ser tratado como matéria de ordem pública, já que obrigatório, vinculante e ainda pode ser conhecido de ofício pelo juiz.

juntada de todos os votos formadores do acórdão⁵¹, com indicação precisa do que a parte entende como *ratio decidendi*.

Isso porque o artigo 319, III do CPC determina ao autor indicar o “*fato e fundamento jurídico do pedido*”, e o artigo 336 prevê que “Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. Como se percebe, o precedente se inclui em ambas as hipóteses. Essa posição fica mais forte se levarmos em consideração os princípios da cooperação e boa-fé processual, além do disposto no artigo 320 do CPC. Por fim, destaco que o próprio artigo 489, § 1º, em seu inciso IV reforça essa posição ao exigir que o juiz enfrente todos os argumentos trazidos pela parte, que por essa razão devem estar completos⁵².”

A intenção da regra prevista no inciso V é a mesma dos incisos I e II do artigo 489, § 1º do CPC (NERY JUNIOR e NERY, 2015, pg. 1.225), qual seja, evitar a mera indicação de argumento, sem desenvolvê-lo, sem demonstrar sua pertinência ao caso concreto, o que realmente não pode ser considerado como fundamentação. Em outras palavras, da mesma forma que não é fundamentada a decisão que simplesmente lista ou indica artigos de lei e conceitos jurídicos indeterminados sem apontar porque e como são aplicáveis à hipótese em análise, também é com a alegação de precedente.

No que tange ao inciso IV, a aplicação é um pouco diversa. Nessa situação não é possível a arguição do precedente de ofício pelo juiz e se visa coibir uma omissão indevida do magistrado. O Código claramente determina que as únicas hipóteses do julgador deixar de seguir um precedente sobre o caso é no caso de distinção e superação daquele.

Num primeiro momento o julgador efetivamente analisa se há julgado anterior que se assemelhe ao que lhe está posto, considerando os elementos objetivos da demanda e não suas peculiaridades. Em caso positivo, passará a analisar a *ratio decidendi* do julgado e do caso sob julgamento para se verificar a possibilidade ou não de aplicação. Total identidade é algo raro, razão pela qual deve-se fazer uma análise com razoabilidade para desprezar pequenas

⁵¹ A necessidade de todos os votos formadores do acórdão se dá em casos não unânimes. Isso porque cada voto traz a sua fundamentação e conseqüentemente sua *ratio decidendi* e *obiter dictum*, devendo ser analisados em conjunto com os demais para que se possa encontrar o voto médio e *mutatis mutandis*, os “fundamentos determinantes médios”.

⁵² Nesse sentido foi aprovado no seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM o enunciado 9 com a seguinte redação: “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1o, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”

diferenças quando elas não interferirem no espírito dos julgados (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pgs. 490-494).

Como se vê, a distinção⁵³ nada mais é do que uma técnica que pode levar a constatação que o precedente analisado não tem identidade suficiente com o caso que está sob julgamento e por isso não pode ser aplicado.

Já a superação, como o próprio nome já diz é outra técnica de análise de precedente, dessa vez para se ter certeza que a *ratio decidendi* ainda tem condições de ser aplicada, ou seja se o entendimento anterior foi alterado ou segue hígido⁵⁴. O presente instituto deve ser usado com parcimônia, pois apesar de ser importante para evitar o engessamento da jurisprudência, se for exageradamente utilizado, causará a instabilidade da jurisprudência que o próprio artigo 926 do CPC busca evitar⁵⁵.

O artigo 927, § 4º do CPC determina que a alteração do precedente “*observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia*”⁵⁶. O entendimento pode ser alterado em razão de surgimento de regra ou princípio legal, caso em que é denominado *overriding*⁵⁷.

5. CONCLUSÃO

⁵³ “O *distinguish* é, justamente, a técnica utilizada, para justificar a não aplicação do precedente judicial obrigatório, quando há distinção entre os elementos objetivos das demandas (a que ainda será decidida e aquela que deu origem ao precedente); cuida-se da constatação de que os casos não são análogos. Essa distinção pode decorrer tanto da inexistência de coincidência entre os fatos materialmente relevantes que embasaram a *ratio decidendi* contida no precedente e aqueles da situação atual, quanto da presença de peculiaridades no caso posto para julgamento”. (DIDIER JUNIOR, Fredie (coordenador geral), MACÊDO, Lucas Buriel, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (organizadores). Novo CPC e doutrina selecionada, v.2: procedimento comum. 2a ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, pg. 1022-1023).

⁵⁴ “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*.” (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pg. 494).

⁵⁵ “Essa superação, portanto, chamada de *overruling* no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente. Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais. Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não deve engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade” (NEVES, 2016, pg. 1.819).

⁵⁶ Daniel Amorim defende que essa fundamentação, adjetivada pela Lei como “específica”, deve ser qualificada no sentido de exigir do órgão julgador a demonstração no novo julgado de que o novo entendimento é melhor e mais adequado que o entendimento superado. (NEVES, 2016, pgs. 1821-1822).

⁵⁷ “Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial”. (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, v.2, pg. 507).

Como se viu acima, tanto as regras e técnicas sobre identificação, aplicação e respeito ao precedente são complexas, inovadoras (pelo menos dessa forma tão ampla) no nosso ordenamento jurídico e principalmente demandam tempo para podermos analisar se foram efetivas ou não.

Otimismo é importante, porém confiar tão somente na mudança imediata de mentalidade jurídica decorrente e mais de um século (de forte tradição romano-germânica), sem enquadramento legal amplo, parece ingenuidade. Há que se desenvolver mecanismos efetivos de fiscalização e controle⁵⁸, além de palestras, seminários e estudos para disseminar a ideia de precedentes para a grande massa dos operadores do direito.

Foi exatamente isso, que passados quase 10 anos da aprovação do Código, não temos visto. A mentalidade jurídica continua a mesma, apoiada por uma jurisprudência defensiva, principalmente vinda dos Tribunais Superiores, o que parece ir contra o espírito da legislação atual.

A introdução do sistema de precedentes não pode ser considerada a panaceia para todos os problemas do nosso processo civil, mas sem dúvida tem potencial para ajudar em alguns aspectos. Até agora não resolveu, mas o otimismo deve seguir, quem sabe um dia aplicaremos o Código de forma íntegra. Só o tempo dirá.

6. REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro (e-book). 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J.J. GOMES [et al.]. comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DANTAS, Bruno (coordenadores). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DAVID, Rene; tradução: Hermínio A. Carvalho. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed., 2. tiragem. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

⁵⁸ A Lei 13.256/2016, que alterou o Código de Processo Civil ainda durante a *vacatio legis* retirou do inciso IV do artigo 988 a possibilidade de manejar reclamação constitucional para garantir aplicação de “*precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência*”. Porém, fora dessa hipótese, é possível o emprego de mandado de segurança, os próprios recursos ordinários e extraordinários (dependendo do caso) e ainda em alguns casos também a reclamação, como no caso de garantir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil comentado, 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, Pg. 1.191.

DIDIER JUNIOR, Fredie (coordenador geral), MACÊDO, Lucas Buriel, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (organizadores). Novo CPC e doutrina selecionada, v.2: procedimento comum. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Jus Podvm: Salvador, 2015, v.2.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da proporcionalidade no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: RT, 2010.

_____. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito., 37ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Manual de Direito Processual Civil, 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In A força dos precedentes – estudos em dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2ª ed. JusPodivm: Salvador, 2012.

Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo: ESDC, 2006. N. 7.

Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 35, v. 189, nov. 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I, 56ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz. O regime do precedente judicial no novo CPC in Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3, coordenador geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Precedente Judicial como fonte do direito. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

VOJVODIC, Adriana de Moares. Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JUNIOR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coordenadores). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. rev. e atual. Juspodivm: Salvador, 2016.