



## Novo CPC exige conceito técnico do que significa precedente

O ministro Luiz Fux ressaltou recentemente que somente as decisões de tribunais superiores poderiam vincular juízes das instâncias inferiores de acordo com o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)[1].

Essa afirmação pode parecer banal, mas gera um importante questionamento sobre a definição e o papel do precedente. Ao se analisar como o tema é tratado na doutrina e nos tribunais brasileiros, o debate se torna ainda mais curioso.

A questão ganha novos contornos em relação à necessidade de fundamentação aprofundada da decisão diante do Novo CPC. O tema merece atenção não só pelos grandes questionamentos que as mais diversas associações de magistrados levantaram quando da aprovação do novo código, mas pela grande repercussão prática do debate[2].

Mariana Capela Lombardi Moreto, por exemplo, trata o precedente como sinônimo de decisão judicial e atribui uma maior eficácia à jurisprudência pelo critério quantitativo; já que ela seria caracterizada por uma série de decisões em um mesmo sentido:

Toda decisão judicial proferida por autoridade judiciária constitui precedente judicial. (...) O sentido do termo “jurisprudência” é um pouco diferente, na medida em que pressupõe um mínimo de constância e de uniformização, que se forma a partir da existência de algumas decisões reiteradas num mesmo sentido[3].

Uma decisão judicial é um pronunciamento de autoridade judiciária (ou de várias autoridades) com conteúdo decisório que, como resultado, produz uma sentença, uma decisão interlocutória ou um acórdão [4]. Entretanto, será que realmente é possível se falar que toda decisão é um precedente diante da análise do Novo CPC?

A nova legislação utiliza expressamente o termo “precedente” em seis passagens. As duas primeiras se situam no polêmico §1º do art. 489. O tema é tratado ainda nos arts. 926, §2º; 927, §5º; 988, IV; 1.042, §1º, II.

O art. 489, §1º, do Novo CPC, é o questionado dispositivo que trata sobre o que não é fundamentação e o termo “precedente” é abordado em dois incisos:

Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (...)



O inciso V afirma que não corresponde a fundamentação a decisão que simplesmente invoca um precedente sem demonstrar a sua pertinência com o caso concreto. Ele significa que não basta ao julgador citá-lo. É imprescindível a análise da correspondência da sua tese com o caso debatido em juízo.

O inciso VI prevê que, para a refutação de um precedente alegado em uma demanda, é preciso a demonstração de que os pressupostos de fato e de direito não são os mesmos do caso concreto.

Os dois incisos trabalham o fenômeno da “distinção” ou “*distinguishing*”. A “distinção” pode ser analisada com base em dois focos. O primeiro é o método de verificar os pressupostos de fato e de direito de um precedente e a sua eventual correspondência com os do caso concreto.

O segundo é o resultado ou conclusão pela aplicação ou pela distinção (daí o termo “*distinguishing*”)[5]. Não se deve buscar a identidade entre os casos já que isso é praticamente impossível, mas é necessária a similitude entre as teses jurídicas do paradigma e do caso concreto.

O enquadramento de uma decisão judicial como precedente em sentido técnico leva o julgador a ter que adotar o procedimento da distinção.

O problema é que, ao se conceber que o termo “precedente” é sinônimo de decisão, gera-se a necessidade de o julgador ter de utilizar o procedimento da distinção para todo e qualquer julgado suscitado no processo diante da previsão do art. 489.

Tal entendimento não parece ser o mais lógico, nem mesmo razoável, diante de qualquer realidade jurídica que se imagine no mundo moderno.

Para se chegar a essa conclusão, não se faz necessário nem mesmo buscar dados estatísticos. Basta se pensar um exemplo de um advogado que propõe uma demanda com três pedidos e utiliza quatro decisões judiciais para cada um deles para convencer o magistrado de suas razões. Na resposta, o réu fundamenta cada capítulo de sua contestação em três julgados distintos dos sustentados pelo autor. Ao se entender que o precedente é sinônimo de decisão, chega-se à absurda conclusão de que o magistrado deverá utilizar o procedimento da distinção pelo menos 21 vezes nessa demanda.

Nesse contexto, ao se observar países tradicionalmente enquadrados como *common law*, percebe-se que não existe essa identidade conceitual[6].

Michael J. Gerhardt, por exemplo, lista dez funções para os precedentes judiciais que permitem a sua diferenciação de uma simples decisão judicial. O precedente serviria para argumentar; solucionar lides; vincular casos semelhantes; estabelecer agendas ou prioridades; facilitar o diálogo; definir a estrutura legislativa ou constitucional; ser marco histórico; educar; simbolizar; definir identidade nacional e implementar valores constitucionais[7]. Nem todas essas características se aplicariam às demais decisões judiciais. É o que ocorre, por exemplo, com a função de vincular casos semelhantes.



Ainda que nem todas as características se apliquem ao modelo que o novo código pretende consagrar, é possível perceber que tratar o precedente como sinônimo de decisão judicial pode não ser a melhor solução.

O Novo CPC deixa claro que a eficácia do precedente e das demais decisões não é idêntica e isso fica claro no art. 927 ao determinar que os juízes e tribunais observarão algumas espécies de decisões:

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.

O artigo demonstra que não se pode tratar todas as decisões da mesma forma porque elas não têm o mesmo efeito. Mais do que isso, o texto do Novo CPC demonstra que alguns julgados apresentam carga normativa por refletirem efeitos sobre outras decisões. Existe eficácia normativa pelo fato de os pressupostos de fato e de direito de uma decisão influenciarem diretamente outras [\[8\]](#).

Ora, se nem toda decisão é capaz de gerar efeitos jurídicos sobre outras, não parece razoável exigir que o magistrado, ao decidir um caso qualquer, tenha que refutar todos os julgados elencados no processo.

Para confirmar essa linha de raciocínio, o art. 927, §1º, do Novo CPC afirma que a o procedimento da distinção ou *distinguishing* relatado acima somente deve ocorrer em relação às decisões com eficácia normativa:

Art. 927. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

A relação, ainda que não exaustiva, de quais seriam essas decisões está nos incisos I-V do art. 927 (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados).



O ministro Fux, portanto, parece ter razão[9]. Nem toda decisão judicial pode ser considerada precedente judicial em sentido técnico, mas apenas aquelas com eficácia normativa. Isso tem extrema relevância na temática da fundamentação das decisões, pois os magistrados somente estarão obrigados a utilizar o procedimento da “distinção” para aplicar ou rejeitar um precedente e não qualquer decisão suscitada no processo.

[1] RODAS, Sérgio. Juiz só deve seguir jurisprudência pacificada de tribunais superiores, diz Fux. In: *Consultor Jurídico*, Reportagem de 17 de abril de 2015 (<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/fux-juiz-seguir-jurisprudencia-cortes-superiores> acesso em 19/06/15).

[2] VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. In: *Consultor Jurídico*, Reportagem de 04 de março de 2015 (<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao> acesso em 20/06/15).

[3] MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2012, p. 19.

[4] Art. 203 do Novo CPC. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º (...) sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. (...)

Art. 204 do Novo CPC. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

[5] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

[6] Apenas a título exemplificativo: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University, 2008, p. 120 e ss.; GERHARDT, Michael J.. The Multiple Functions of Precedent. In: *The power of precedent*, (acesso online) p. 1-26, Oxford: Oxford University, 2008, p. 1-26.

[7] GERHARDT, Michael J.. The Multiple ..., p. 1-26.

[8] ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência



---

persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*, vol. 235, p. 293–349 (acesso online p. 1-61), Set./2014, p. 7-9.

[9] O único precedente listado no art. 927 que não se enquadra na fala do ministro Fux é a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados os julgadores.

**Date Created**

11/07/2015