

VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NCPC

O regime dos enunciados sumulares no direito processual pátrio à luz da uniformização da Jurisprudência pelo *Common Law*¹

Vinícius Rios Bertuzzi²

RESUMO

O presente artigo analisou os métodos e critérios a serem utilizados na prestação jurisdicional baseados na doutrina jurisprudencial moldada pelo common law, na medida em que o julgador, ao extrair os reais motivos do precedente, deve aplicar a vertente fático-comparativa ao caso, afastando a mera subsunção sumular. Por fim, demonstraram-se as benesses importadas pelo Novo Estatuto Processual, garantindo um processo mais célere e previsível, não olvidando da maior segurança jurídica e do devido processo legal.

Palavras-chave: Precedentes. Enunciados sumulares. Common law. Civil law. NCPC.

ABSTRACT

This article analyzed the methods to be used in the jurisdictional provision based on jurisprudential doctrine molded by the common law, inasmuch as the judge in extracting the real motives from the precedent should apply the phact-comparative aspect to the case, moving away the mere subsumption. Finally, the benefits imported by the New Procedural Statute were demonstrated, guaranteeing a faster and more predictable process, not forgetting the greater legal certainty and due process of law.

Keywords: Precedents. Summarized statements. Common law. Civil law. NCPC.

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução Histórica do Direito Jurisprudencial. 2.1 O Sistema Romano-Germânico Francês e o Common Law. 2.2 O Código de Processo Civil de 1973. 3 Os Precedentes Brasileiros. 3.1 Enunciação de Entendimento Dominante. 3.2 Alteração de Jurisprudência. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de examinar o processo de uniformização de entendimento dos órgãos colegiados brasileiros trazidos ao direito processual civil com a edição da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, tornando, ainda, mais evidente o fenômeno da constitucionalização do processo, em razão da promulgação da Carta Cidadã, em especial ao caráter normativo dos princípios constitucionais, como a máxima efetividade na prestação jurisdicional e a vedação à surpresa, buscando a garantia do *due process of law* e do *fair trial*; além do poder

¹ Trabalho apresentado à disciplina de conclusão de curso em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO) sob a orientação do professor Mestre José Carlos de Oliveira.

² Acadêmico de Direito pela PUC-GO e estagiário na 14ª Vara do Trabalho de Goiânia (TRT18).

normativo conferido ao Poder Judiciário, no tocante à eficácia normativa atribuída à súmula vinculante, com a reforma instalada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em linhas gerais, o procedimento imperioso de tornar a jurisprudência estável, íntegra e coerente a ser adotado pelos Tribunais, não apenas pelo Novo Código de Processo Civil, mas em consonância com os respectivos regimentos internos, chamados de lei material dos tribunais, encontram-se disciplinados nos artigos 926 a 928 do NCPC.

A pesquisa sobre a força normativa dos enunciados editados pelos órgãos de superposição irá se basear nos princípios expostos alhures, bem como na interpretação teleológica exercida pelos Tribunais com o fito de delimitar qual o real sentido e alcance de determinada lei, reproduzindo, através das súmulas, abstrata e genericamente, a tese de direito que se tornou constante ou repetitiva em julgamentos reiterados sobre determinada matéria.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO JURISPRUDENCIAL

2.1 O sistema romano-germânico francês e o Common Law

Ante o constante diálogo entre as diversas sistemáticas normativas e judicantes, posto a atual aproximação do *civil law* brasileiro com o *common law* anglo-saxônico, torna-se imprescindível a análise britânica de precedentes voltada, conjuntamente, para a institucionalização da lei civil gaulesa, tendo em vista a eclosão da Revolução Francesa de 1789 e sua inegável influência nos ditames ocidentais contemporâneos.

Insta frisar, primeiramente, que o *civil law* e o *common law* são derivados de circunstâncias políticas e culturais completamente distintas que, nos dizeres de Ivo Dantas, em sua obra *Novo Direito Constitucional Comparado* (2010, p.145), destaca com primor “os grandes sistemas Civil law e Common law não são produtos de uma elaboração doutrinária nem teórica, mas sim, como afirma Andrea Cavanna, ‘dos caprichos da história’”.

Nessa esteira, destaca-se que, inspirado nos ideais revolucionários franceses de 1789, o *civil law*, no decorrer do século XVIII, objetivando a redução das desigualdades sociais, notadamente pela ordem econômica feudal e pelo absolutismo monárquico que pairava na França pré-revolucionária, desenvolveu um sistema codificado que, em tese, reduziria consideravelmente os privilégios aristocráticos e conteria os abusos de poder perpetrados por uma ordem jurisdicional vinculada e dependente do monarca à época, na medida que o escopo primário desta ruptura social e jurídica deu-se pela lei, genérica e abstrata, colocando todos em tablado similar.

Assim, em razão da desconfiança burguesa com os magistrados franceses, estes, diga-se de passagem, membros da aristocracia, a classe revolucionária liberal fez cair por terra a denominada “aristocracia das togas”, superpondo-a por uma ordem político-jurídica em que o Parlamento estaria no centro do poder, no qual os juízes diriam o Direito através da lei, isonômica e equânime, a todos os cidadãos, fenômeno conhecido como a “Supremacia do Parlamento”.

Em *La tradición jurídica romano-canônica*, escrito por John Henry Merryman (1989, p. 41-42), é digno de destaque:

O sentimento no período revolucionário era de que o direito deveria ser racional, claro e completo, de modo a não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento. Desse modo, o ideal revolucionário impedia que os juízes interpretassem as normas elaboradas pelo Parlamento, sob pena de configurar grave e insuportável *déficit* democrático.

Em situação diametralmente oposta, o direito inglês fora construído primordialmente pelos usos e costumes, e o Poder Judiciário constituiu ferramenta importante para, ao contrário do contexto francês, assegurar a igualdade entre os cidadãos e frear os ímpetos arbitrários da monarquia posta.

Os magistrados ingleses eram detentores da confiança popular, na medida que foram fortalecedores dos ideais progressistas, cujo papel originário era julgar os casos conforme a similitude de questões passadas, mas, ainda, desempenharam função relevante na centralização do poder e na superação do modelo feudal.

O jurista René David, em sua obra *Os Grandes sistemas do direito contemporâneo* (2002, p. 355), destacou o ideal judicante inglês:

O jurista inglês - que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos - gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este lhe surge como sendo o produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria do *common law*, da sua faculdade de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidade correspondentes nos juristas e no povo inglês.

Sendo assim, consolidou-se a doutrina do *stare decisis*, cuja peculiaridade consiste na vinculação dos precedentes, consagrada através do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*” (mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido), indicando a obrigação de o julgador subsequente aplicar aos casos semelhantes o mesmo entendimento formado no precedente judicial anterior, ainda que o intérprete do caso concreto considere a solução impertinente.

Embora a *House of Lords*, em 26 de julho de 1966, tenha reconhecido a possibilidade de os juízes superarem os precedentes consolidados quando julgarem adequado e justo, na prática, referido mecanismo não implicou grandes mudanças e, tampouco, enfraqueceu os precedentes normativos ingleses. Como bem destacou

naquela oportunidade Neil MacCormick, em *Can stare decisis be abolished?* (1966, p. 11):

[...] inquestionavelmente, esta mudança removerá os piores defeitos da regra do *stare decisis*, na medida em que regras incompatíveis ou injustas poderão ser reconsideradas. Mas não se trata, de modo algum, de uma reforma fundamental: é o velho sistema, com o que tinha de pior, retirado.

Observa-se, portanto, que grandes nações, cujo protagonismo histórico é inegável, devido aos diferentes fatores sociais, econômicos e culturais, moldaram ordenamentos jurídicos distintos, porém, ambas, buscando critérios equânimes de justiça e, de certo modo, a segurança jurídica, tendo em vista que os anglo-saxões se pautam em critérios uniformes jurisprudenciais, e os franceses possuem o valor da segurança e previsibilidade de um julgamento com a paridade de armas e isonomia da lei civil.

Feitas as devidas considerações históricas, é forçoso constatar que o ordenamento jurídico brasileiro, com certa frequência, ante a produção legiferante dos últimos anos, busca mesclar ambos os sistemas, na medida que a fonte primária não deixa de ser a lei, mas a valorização e normatização dos precedentes tornou-se hodierna na prática forense.

2.2 O Código de Processo Civil de 1973

A moderna e ampla vinculação dos precedentes prevista no Novo Código de Processo Civil que será esmiuçada mais adiante, em suma, fora deveras um extenso aperfeiçoamento do mecanismo de uniformização da jurisprudência insculpido pelo antigo Código de Processo Civil de 1973, cuja previsão se deu de forma tímida.

O antigo estatuto processual dispunha, no Título IX (Do Processo nos Tribunais), Capítulo I (Da Uniformização da Jurisprudência), precisamente em seu artigo 479, *caput*, “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Já no Capítulo VII (Da Ordem dos Processos no Tribunal), destaca-se a previsão disposta no artigo 557, *caput*, “O relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Nessa perspectiva, o escólio de Patrícia Perrone Campos Mello, em Novo Código de Processo Civil (2015, p. 920), traz à baila a real eficácia dos precedentes e verbetes sumulares produzidos na vigência do Código de Processo Civil de 1973, merecendo alento:

[...] pode-se afirmar que, na vigência do CPC/1973, as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva. Os entendimentos firmados nestas decisões obrigavam apenas as partes do processo e não determinavam como seriam julgados casos futuros, embora pudessem contribuir argumentativamente para a defesa da aplicação de solução semelhante em demandas análogas. No outro polo, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de eficácia normativa. De acordo com determinação constitucional expressa, as decisões que os desrespeitassem seriam cassadas, de forma imediata, por meio de reclamação. Não seria preciso, portanto, aguardar a sua correção pela via recursal tradicional, sujeita a delongas e incertezas.

Acerca do tema, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso redigiram brilhante artigo denominado *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, concluindo que “Portanto, à luz do CPC/1973, os precedentes dotados de efeitos normativos fortes eram raros”.

Desse modo, em que pese o intuito uniformizador jurisprudencial, cujo precursor fora o Código de 1973, o instituto não foi utilizado conforme esperado pelo legislador federal, em que muito se vê, corriqueiramente, a colação de inúmeras jurisprudências nos julgados para “embasar” a decisão proferida, consubstanciando, assim, a mera “ementatização” e não o estudo das particularidades e similitudes de cada caso concreto para se decidir de maneira uniforme.

Em análise abrangente à jurisprudência brasileira e sua codificação, observações históricas apontam para a valorização dos precedentes por meio de normas infraconstitucionais que gradativamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973, caracterizando-se como fase transitória entre o avanço do controle concentrado de constitucionalidade e, agora em vigor, um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas que compõem a Lei nº 13.105/2015.

3. OS PRECEDENTES BRASILEIROS

3.1 Enunciação de entendimento dominante

O ordenamento jurídico brasileiro foi moldado em um sistema codificado (*civil law*), no qual a principal fonte do Direito é a lei. Neste sistema, atende-se ao pensamento geral e abstrato, cujo embasamento se sustenta em premissas normativas que, conseqüentemente, permitem aferir conclusões lógicas, tendo em vista a adequação dos fatos ao enquadramento hipotético típico da norma.

Entretanto, referido modelo positivista tem se aproximado cada vez mais do sistema jurisprudencial anglo-saxônico (*common law*), nitidamente judicialista, cujo suporte decisório pauta-se na prolação de decisões já proferidas em situações similares,

desde que o caso em questão passe por um filtro de verossimilhança com o que fora decidido, o denominado *judge made law*.

Já de antemão, faz-se mister destacar que as alterações introduzidas pelo novel *Codex* buscam reproduzir, por exemplo, a tese que serviu de fundamento ao entendimento dominante no Tribunal acerca de determinada situação jurídica, de maneira que não é o precedente em sua inteireza e complexidade que o enunciado reproduz, mas apenas a *ratio decidendi* (razão de decidir) em que as decisões se fundaram. No tocante aos argumentos colaterais que esclarecem e ilustram o raciocínio do julgador, esses não se inserem na causa decisória, não merecendo tratamento de fundamento jurídico, configurando apenas *obiter dictum* (dito para morrer) que, na obra de Edward D. Re. em *Stares Decisis* traduzido por Ellen Gracie (1994, p. 287), “Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva”.

O ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2017, p.795), em sua obra *Curso de Direito Processual Civil III - Execução Forçada e Processo nos Tribunais*, 50ª edição, destaca:

Se a jurisprudência sempre foi influente no campo da interpretação do direito positivo, seu papel assume proporções muito maiores diante dos ordenamentos jurídicos materiais de nossos dias. É que a lei, de tempos a esta parte, tem se ocupado em escala sempre crescente de incorporar princípios éticos em suas normas, aproximando em grande volume regras jurídicas de preceitos e valores morais. Com isso, tonaram-se bastante frequentes enunciados legais que contêm cláusulas gerais e que positivam normas principiológicas.

Acerca do diálogo institucional entre o regime positivo e consuetudinário instituído pela novel lei, assevera, ainda, fazendo menção ao artigo Precedente judicial como fonte de direito, escrito por José Rogério Cruz Tucci (2004, p. 12):

Embora o regime de direito jurisprudencial em construção entre nós não seja o mesmo do *common law*, por razões intrínsecas da própria diversidade histórica dos dois sistemas de estabelecimento da ordem jurídica positiva, não há como negar a preocupação dos países do *civil law* de se aproximarem, na medida do possível, da técnica e experiência dos anglo-saxônicos no que toca aos precedentes. E na matéria é de se ter em conta que, na tradição do *common law*, “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Não obstante de maneira diferente, esses dois elementos figuram também no sistema de precedentes sumulados programado pelo Novo Código brasileiro [...].

A correta compreensão da referida jurisdição mista dá-se, necessariamente, pelo entendimento de conceitos básicos da doutrina do *stare decisis* para, em seguida, se analisar o método de aferição a ser utilizado pelo julgador em conjunto com as partes, conforme dispõe o artigo 10, do Novo Código de Processo Civil, qual seja “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”.

Assim, considerando o princípio da inércia, as partes levam ao Poder Judiciário a pretensão ao direito e sua resistência, legítimas ou não, instaurando a lide. O processo é instruído, os litigantes inquiridos, produzem-se provas e o juiz julga. A manifestação estatal ao conflito fundamenta-se no direito vigente à época, e o ato decisório expõe os motivos pelos quais as partes deverão observar no trato da relação jurídica, sob pena de imposição forçada. Nesta prestação jurisdicional, nasce o precedente que vincula as partes do processo, faz coisa julgada e pode servir de paradigma para decisões futuras.

Ocorre que nem tudo que está posto no comando decisório é precedente, e aqui se encontra a *ratio decidendi*, que nada mais é do que os reais motivos do pronunciamento estatal vinculante ao caso concreto que, após certo lapso temporal previsto em lei, será acobertado pelo manto da *res judicata*. Já os argumentos persuasivos que auxiliam a corroborar a tese dominante adotada, mas que ao serem retirados da decisão nada influem, alcançando status de verdadeira irrelevância, por óbvio, não obrigam os litigantes e tampouco servirão de paradigma para decisões futuras, os chamados *obiter dictum*.

Ante as peculiaridades de cada regime e até o suposto caminho inverso estatuído pelo Novo Código de Processo Civil, na medida que o sistema inglês volve ao passado para definir o presente, o ordenamento brasileiro busca decisões pró-futuro, onde os enunciados dominantes irão estabelecer como as relações jurídicas doravante hão de ser. Todavia, o método de compreensão e prolação é o mesmo, qual seja, a análise fático-comparativa na aplicação do precedente judicial.

Em recente estudo intitulado de Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o Novo Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 65) sustenta:

É nessa perspectiva que o NCPC brasileiro procura, de certa forma, aproximar-se da técnica anglo-americana de reconhecer força normativa maior aos precedentes dos tribunais. Nosso critério, todavia, não é o de voltar ao passado para investigar a existência de algum caso decidido que seja igual ao novo. O que o novo Código programou foi, principalmente, a ampliação da possibilidade de julgamentos por amostragem, destinados não apenas a repetir decisões do passado, mas a formular no julgamento de caso atual tese de direito que sirva de base para julgamentos futuros. Ao contrário do que se passa sob o regime do *common law* em que o passado molda o presente, a tônica de nosso regime é a de estatuir na presente norma capaz de pré-ordenar o futuro.

Ao final, conclui:

O sistema inspira-se nas tradições do *common law*, mas não se limita a uma simples versão do instituto anglo-saxônico. Respeita as peculiaridades da construção histórica de nosso ordenamento jurídico, dos movimentos doutrinários, bem como da experiência que, em torno da matéria, a lei e os tribunais têm vivido entre nós. Para que o avanço programado possa se dar com segurança e adequação, o novo Código reformula, com rigor, a técnica e as exigências de formulação dos acórdãos dos tribunais, compatibilizando-as com a prática da função de atuar como fonte de direito. É da boa

compreensão desse papel institucional, assim como da fiel observância dos preceitos que a regem, que depende o êxito dessa inovadora e relevantíssima programação normativa processual.

Como já exposto alhures, a doutrina do *civil law* é marcada pela abstração e generalidade normativa, onde os fatos são narrados para que se amoldem ao comando legal, pouco importando certos detalhes que diferenciam uma relação jurídica de outra, haja vista o método utilizado ser o lógico-subsuntivo. Em casos práticos, ocorre da seguinte forma: o primeiro passo é narrar os fatos. Segundo, pergunta-se: a legislação faz previsão do direito pleiteado de acordo como os fatos estão postos? Terceiro, as alegações do resistente não devem prosperar, tendo em vista o conjunto probatório e o ônus probante. E por fim, em caso afirmativo à retro pergunta, *voilà!*, Tem-se o direito.

Noutra senda, não é o que se passa, ao menos em tese, com a aplicação dos precedentes e até mesmo quando estes já foram promovidos a verbetes sumulares. Erro hodierno cometido pelos operadores do direito é a utilização dos enunciados sumulares aos incontáveis casos *sub judice* através da mera subsunção destas súmulas aos fatos como se lei fossem. São inegáveis os efeitos das súmulas vinculantes, entretanto, equívoco elementar daqueles que colocam em mesmo patamar a lei e a súmula, pois, caso idênticas fossem, não teriam denominações distintas.

Para formação e aplicação tanto dos precedentes quanto dos enunciados sumulares às situações futuras, deve-se utilizar a análise fático-comparativa. Logo, no que concerne ao precedente, para que haja provimento decisório similar entre paradigma e paragonado, as relações fáticas devem, imprescindivelmente, ser contextualizadas e estar enquadradas no mesmo bloco fático. No tocante às súmulas, estas refletem determinada relação jurídica que se repetiu constantemente nos órgãos judicantes e, por segurança jurídica, celeridade e economia processual, reduziu-se a *ratio decidendi* a um simples enunciado. Ocorre que, por maior que seja a simplificação dos motivos que determinaram decisões similares, o verbete jamais pode ser dissociado do contexto em que fora editado, sob pena de perder seu real sentido e afetar outra realidade jurídica que não fora levada a debate.

Os enunciados de súmulas, tanto as vinculantes quanto as demais, em qualquer grau de jurisdição, devem ser contextualizados, bem como os atores processuais, sempre que necessário, trazer à baila o real motivo de sua edição, haja vista que a lógica-subsuntiva aplica-se unicamente à legislação, em regra, de competência parlamentar. Frisa-se, pacificar e unificar jurisprudência é ato díspar da edição normativa.

Em brilhante estudo intitulado Breves Considerações sobre a Aplicação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro, de autoria do professor e Juiz de Direito Guilherme Sarri Carreira (2017, p. 358-359), este leciona:

A utilização do precedente judicial no *common law* decorre de uma análise fático-comparativa entre o caso em julgamento e o precedente, ou seja, o juiz do caso sucessivo analisa se existe uma proximidade fática entre os casos e, em caso positivo, faz-se uso do precedente. Em outras palavras, é feita uma comparação fática entre o caso atual e o precedente, ou seja, existe uma contextualização.

Passando à *terrae brasilis*, pondera:

[...] a utilização do precedente é feita, na maioria das vezes, sem esta comparação fática, valendo-se o aplicador somente dos enunciados normativos (prescrições literais). Assim, não se sabe se o precedente utilizado se refere a um caso fático parecido com o caso ora analisado. O método de aplicação é simples: se aquele enunciado se ‘encaixa’ ao caso, utiliza-se. Caso contrário, ignora-se. Em outras palavras, trata-se de utilização do método lógico-subsuntivo, comumente utilizado na aplicação do texto legal.

De acordo com a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, esposada em *Precedentes e evolução do direito* (2012, p. 57), há dois critérios para se identificar a similitude do caso em julgamento e o precedente judicial: i) vinculação por identidade absoluta; e ii) vinculação por identidade essencial.

No primeiro caso, ocorre uma identidade completa entre as questões fáticas e as jurídicas *stricto sensu*. Aqui vale a observação no sentido de que o quadro-fático subjacente não é necessariamente idêntico, pois, se fosse, estar-se-ia diante do fenômeno da litispendência ou coisa julgada. Na verdade, o que interessa são somente os fatos relevantes pelo direito para a incidência ou não da consequência sobre a qual se discute, e não necessariamente todo o quadro fático. Logo, somente os traços essenciais é que são fundamentais para esta vinculação.

Em *Breves Considerações sobre a Aplicação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro*, cite-se como exemplo, o consumidor “A” ingresse em juízo com o objetivo de excluir de seu contrato de alienação fiduciária de 60 meses, no qual adquiriu o veículo “B”, celebrado com o Banco “X”, a cláusula referente à cobrança de tarifa de emissão de carnê (TEC), alegando se tratar de cláusula abusiva. Imaginemos agora que o consumidor “C” também ingresse em juízo com o objetivo de excluir de seu contrato de alienação fiduciária, feito em 48 meses, no qual adquiriu o veículo “D”, a mesma cláusula, mas seu contrato foi celebrado com o Banco “Y”. Em ambos os casos se está diante da mesma situação fática, sendo um típico caso de vinculação por identidade absoluta, sendo irrelevante a pessoa do contratante, do contratado, o veículo adquirido e tempo estipulado no contrato.

Dada a complexidade da identificação por identidade essencial, destacam-se os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier na obra supramencionada, *in verbis*:

Para ilustrar a dificuldade de se fixarem os fatos que seriam realmente relevantes para um precedente, nos casos em que a vinculação se dá por identidade essencial, é oportuno o exemplo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 532. Os fatos subjacentes a esta decisão eram os seguintes: uma viúva estava com uma amiga em um café, na Escócia, e esta amiga lhe comprou um *iced drink*, que lhe foi entregue pelo proprietário. Este colocou o sorvete em um copo e derramou, sobre o sorvete, o conteúdo de uma garrafa opaca de

ginger beer. Um pouco depois disso, esta viúva despejou sobre o sorvete o que sobrava da garrafa e então viu que lá havia restos de uma cobra em decomposição. Ela levou um choque e, em seguida, teve gastroenterite. Em virtude disso, processou a *Stevenson & CO*. Argumentou-se que não havia contrato entre eles e a tal viúva (*Mrs. Donoghue*) e que eles não seriam responsáveis em relação a ela, por nenhum defeito no produto. Entretanto, a *House of Lords* considerou que a empresa deveria, sim, responder, porque teria um *duty to take a reasonable care* na preparação e no engarrafamento da bebida. O que ficou deste caso: um fabricante de bens tem o dever de tomar precauções para não causar danos (= *duty of care*) em relação ao consumidor último. Então, veja-se, o fato de tratar de fabricação de bebidas, o de se tratar de garrafas opacas, de a bebida ter sido consumida em um café, todos foram desconsiderados como fatos essenciais integrantes da decisão. Ou seja, houvessem sido outros, teria sido a mesma decisão. [...] Este precedente foi aplicado a um caso em que o autor pleiteava indenização em consequência da queda de um elevador. O proprietário do prédio tinha contratado uma empresa de engenheiros para consertar este elevador e a queda ocorreu porque o conserto foi mal feito. A regra geral do caso *Donoghue* foi aplicada a este caso (*Haseldine v. Daw*) embora pudesse ter havido *distinguishing*, já que os réus não eram fabricantes, mas simplesmente consertaram o elevador.

A Lei 13.105 de 2015 trouxe diversos mecanismos fortalecedores da jurisprudência, mas, por igual, preocupou-se em assegurar os preceitos constitucionais do processo, respeitando, sem exceções, o devido processo legal. A Constituição Federal dispõe em seu artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

O Novo Código de Processo Civil atento à nova vertente instalada e aos institutos jurídicos importados pelo legislador federal previu expressamente no artigo 489, § 1º, incisos V e VI, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 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.

Observa-se, pois, a intenção do legislador em readequar a maneira como os precedentes e súmulas são aplicados no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que, sob pena de nulidade do julgado, o *decisum* deve expor os reais motivos da tese dominante (*ratio decidendi*), não se limitando à mera transcrição do que fora invocado, tampouco à descontextualização do verbete ou precedente. Portanto, tem-se a positivação do método fático-comparativo. Já em casos que apresentem contextos distintos, o afastamento do entendimento pacificado deverá cingir-se pela técnica do *distinguishing* ou pela superação do mesmo (*overruling*), cujas explicações estão mais adiante.

Em livro destinado especialmente à matéria em debate, intitulado *Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Jurídicas*, os artigos 926 e 927, do NCPC, tratam do novo regime de maneira abrangente, *in verbis*:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, **os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.**

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais **devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.**

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.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. (Grifou-se)

Desta feita, aferem-se procedimentos imperiosos a serem observados pelos juízes e tribunais objetivando maior segurança jurídica e previsibilidade nos julgamentos, em atenção ao devido processo legal e à ampla defesa, de forma que, doutro lado, a jurisprudência pode ser modificada ou afastada, em igualdade de condições e corretamente fundamentada.

3.2 Alteração de jurisprudência

Há quem sustente posicionamento mais garantista, pautando-se na possível ofensa ao contraditório em detrimento a um entendimento consolidado, até mesmo um suposto engessamento normativo, relegando ainda mais os pensamentos de vanguarda, ou usurpação da competência do poder legislativo para elaborar normas e a consequente desarmonia entre os poderes da república, interferindo indiretamente no sistema dos *checks and balances*.

O sistema de precedentes brasileiro trouxe mecanismos de uniformização jurisprudencial, entretanto inovou, também, em institutos de quebra de paradigma e alteração de jurisprudência dominante.

A súmula não traduz inteiramente o precedente em que se instala e, tampouco, faz coisa julgada quanto aos seus elementos formadores de convicção (*obiter dictum*), conforme aduz o artigo 504, do Novo Código de Processo Civil, “Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Os enunciados sumulares exprimem o entendimento reiterado que tem prevalecido na interpretação e aplicação pretoriana da norma, assegurando a duração razoável do processo, princípio da vedação à surpresa, a segurança jurídica e a boa-fé processual.

Na medida em que os precedentes se consolidam, convolam-se em jurisprudência e os tribunais editam súmulas a respeito, vinculantes ou não. É temerário sustentar que o direito brasileiro passará por um processo de engessamento tal qual os precedentes do *common law*, pois o sistema ora adotado possui mecanismos de superação daqueles, assegurando amplo debate sobre a matéria.

É nesse sentido que o Novo Estatuto Processual faz previsão ao artigo 927, §§ 2º, 3º e 4º, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos **poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.**

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.**

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos **observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.** (Grifou-se)

Dentre os mecanismos, destacam-se, o *distinguishing*, fazendo necessário confrontar em que medida o caso em comento se assemelha ou não ao caso invocado pelo precedente, sendo que a aplicação da tese genérica e abstrata não é automática, devendo ser interpretada à realidade dos fatos. E, concluindo-se pela superação do precedente, aplica-se o *overruling*, formulando, assim, nova tese ou tese de exceção.

Voltado ao estudo do Direito Jurisprudencial, o advogado Délio Mota de Oliveira Júnior redigiu estudo sobre A Influência de Técnicas do Common Law na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais (2016, p. 335-336), cuja explanação merece alento:

A diferenciação dos elementos fáticos do precedente e do caso concreto ocorre mediante a técnica do *distinguishing*. Trata-se da técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, de modo a garantir que cada processo receba a solução adequada, sem que a tese jurídica do precedente judicial seja aplicada de forma automática e em dissintonia com as circunstâncias fáticas. [...] Para a utilização da técnica do *distinguishing* é necessário, como antecedente lógico, que o aplicador identifique a *ratio decidendi* do precedente judicial, na medida em que é preciso apurar quais os

fatos que foram tomados em consideração para a fixação da tese jurídica. Somente a partir da identificação desses fatos fundamentais e relevantes para a formação da *ratio decidendi* que se poderá verificar se tais circunstâncias fáticas também se repetem no caso concreto. A utilização da técnica do *distinguishing* exige prudência e critérios, posto que não pode significar válvula de escape para que os juízes deixem de seguir o precedente obrigatório, sob a alegação de que há circunstâncias fáticas distintas entre os casos. O juiz deve se ater aos fatos fundamentais para a formação da tese jurídica, pouco importando se há fatos imateriais distintos.

No que concerne à técnica de superação, Délio Mota de Oliveira Júnior continua:

A adoção da teoria do *stare decisis* não pode implicar no engessamento do direito. A alteração do contexto social, econômico, político ou jurídico pode acarretar a necessidade de mudança do entendimento anteriormente fixado no precedente judicial, sob pena de serem cometidas injustiças. A teoria do *stare decisis* visa garantir a segurança para as relações sociais; contudo, não se pretende um direito estático, avesso às mudanças sociais, econômicas, políticas e jurídicas. O direito deve evoluir se adequando às realidades sociais. Na tradição do *common law*, a técnica da superação do precedente judicial (*overruling*) garante dinamismo na aplicação do direito jurisprudencial, de modo a alinhá-lo às alterações das concepções da sociedade.

Em Superação do precedente e segurança jurídica, Ravi Peixoto (2015, p. 197) salienta:

A possibilidade de superação do precedente, ao contrário do que possa parecer, garante racionalidade ao *stare decisis*, deixando de enfraquecer a teoria da vinculação obrigatória dos precedentes judiciais, na medida em que possibilita a evolução do direito, caso utilizada com o devido cuidado.

Constata-se que a alteração de entendimento dominante, o cancelamento de súmulas ou até o surgimento de novas para que o ordenamento jurídico como um todo caminhe em sintonia com os anseios sociais e os demais fatores que o influenciam neste meio passam por análise principiológica de proporcionalidade e sopesamento de direitos tal qual insculpido pela hermenêutica constitucional, bem como o sentido sociológico dado à Carta da República por Ferdinand Lassalle, tendo em vista que a norma que não atinge os escopos sociais é mera folha de papel.

Por oportuno, não se pode olvidar do disposto no artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

4. CONCLUSÃO

A correta aplicação do Direito Jurisprudencial é de extrema relevância para garantir a efetividade dos princípios constitucionais do processo, de maneira que a contribuição normativa jurisprudencial visa harmonizar através de seus enunciados as exegeses das leis de acordo com as vicissitudes dos quadros fáticos sobre as quais têm de incidir.

Apesar de a fonte positiva continuar sendo o principal arcabouço normativo, a uniformização da jurisprudência irá aprimorar a própria aplicação da lei, assegurando de maneira jamais vista em nosso país os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança, da isonomia, da duração razoável do processo e da celeridade processual na solução do litígio, haja vista que a firmeza dos precedentes jurisprudenciais permite às partes antever o destino certo da causa em um cenário de previsibilidade e, por conseguinte, a redução do número de demandas que abarrotam o Judiciário, fato este que torna nosso sistema cada vez mais moroso.

As benesses da uniformização da jurisprudência são inegáveis, em virtude da segurança jurídica que os enunciados sumulares guardam, ante a redução das surpresas no curso processual e a notória valorização do princípio da boa-fé processual no que concerne, por exemplo, à redução de pretensões descabidas que movimentam a máquina do poder judiciário, congestionando outros processos que, de fato, necessitam de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Por conseguinte, o presente trabalho, versando sobre o regime dos enunciados sumulares no direito processual pátrio à luz da uniformização da jurisprudência pelo *common law*, funda-se no avanço do direito brasileiro ante as ferramentas propiciadas pela nova lei, afastando-se do conservadorismo jurisprudencial anglo-americano, fazendo com que o poder judiciário determine os parâmetros interpretativos das normas em detrimento da inércia das casas legislativas e, como em diversos casos, da impossibilidade de os jurisdicionados exercerem seus direitos em consonância com os parâmetros constitucionais, em razão de atecnias legiferantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARREIRA, Guilherme Sarri. *Breves Considerações sobre a Aplicação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2017.

DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado*. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil - Volume III*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil*: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. Brasília: R. TRF1, volume 28, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished? Juridical Review*, 1966. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Apud*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro*. Brasília: Revista da AGU, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2015.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canônica*. Trad. Carlos Sierra. 2. Ed. México: FCE, 1989.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *A Influência de Técnicas do Common Law na Teoria Brasileira dos Precedentes Judiciais*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

RE, Edward D. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, maio-jul. 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*: Direito Jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.