

O PERIGO NA UTILIZAÇÃO EQUIVOCADA DOS PRECEDENTES. ESTUDO DE CASO

The hazard in the Misuse of Judicial Precedents: A case study

Artur Diego Amorim Vieira

Doutorando em Direito pela UNESA (Conceito Capes 5). Mestre em Direito pela UNESA (conceito Capes 5). Professor Universitário na Cândido Mendes

Pesquisador e Assistente de Ensino na Escola de Direito da FGV/Rio .Advogado. E-mail: artur.diego@terra.com.br

Recebido em 28.01.2015 | Aprovado em 20.03.2015

RESUMO: O presente artigo aborda o perigo decorrente da má formação e aplicação dos precedentes judiciais. Para tanto, utilizar-se-á da análise de dois casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e serão expostas algumas considerações à respeito dos precedentes para, ao final, apresentarmos as contribuições da hermenêutica filosófica quanto à temática.

PALAVRAS-CHAVE: Senso Comum Teórico. Hermenêutica Filosófica.

ABSTRACT: This article discusses the dangers of poor training and application of judicial precedents . To do so, will be using the analysis of two concrete cases tried by the High Court of Justice and will be exhibited some considerations regarding the precedent for , in the end, we present the contributions of philosophical hermeneutics as the theme .

KEYWORDS : Common Sense Theory . Philosophical hermeneutics

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Procedimento da fase executiva nas obrigações de fazer e não fazer - 3. Análise de recentes decisões sobre a

execução nas obrigações de fazer e não fazer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - 4. Aplicação dos Precedentes - 5. A contribuição da hermenêutica filosófica - 6. Conclusão - 7. Notas de referência

1. Introdução

O presente estudo foi dividido em cinco partes, além desta introdução. Inicialmente será abordado o atual procedimento da execução das obrigações de fazer e não fazer, pano de fundo dos acórdãos utilizados como paradigmas destas reflexões.

Após, passaremos à análise de duas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre esta temática. Demonstraremos, então, a confusão oriunda dos acórdãos referentes aos Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS e ao Recurso Especial nº 1.349.790-RJ.

Feito isso, passaremos a expor breves considerações a respeito dos precedentes para apresentarmos as contribuições da hermenêutica filosófica quanto à correta utilização dos precedentes judiciais.

2. Procedimento da fase executiva nas obrigações de fazer e não fazer

Por meio da Lei Federal nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, o legislador deu o primeiro passo no sentido unificar o procedimento da execução das sentenças, que passariam a ser feita, então, no mesmo processo onde aquela havia sido proferida, sendo, assim, entendida como mera fase do mesmo processo.

Neste primeiro momento, foram abrangidas apenas as sentenças que veiculassem obrigações de fazer e não fazer.

Em um segundo momento, a Lei Federal nº 10.444, de 07 de maio de 2002, estendeu esta sistemática às sentenças que estabelecessem obrigação de entrega de coisa, introduzindo-se o artigo 461-A ao Código de Processo Civil. A alteração se tornaria com-

pleta por meio da Lei Federal nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que fixou esta sistemática também para as sentenças que continham obrigações de pagar quantia.

Com isso, alterou-se significativamente o panorama da execução de títulos judiciais no ordenamento nacional, tendo como consequência, principalmente, a extinção do processo autônomo para a satisfação do comando fixado na sentença judicial. A doutrina atribuiu o termo “processo sincrético” para designar a coexistência das fases de conhecimento e execução.

O Código de Processo Civil disciplina o procedimento da fase executiva nas obrigações de fazer e de não fazer por meio do artigo 461¹. A execução das obrigações de fazer e de não fazer fundadas em título executivo extrajudicial vem regulada nos artigos 632 a 645, cuja aplicação se dá de forma subsidiária ao procedimento da fase executiva, como ditado pelo artigo 644.

De forma bastante resumida, na fase executiva do cumprimento de sentença que estabeleça obrigação de fazer, o devedor será intimado para o cumprimento da obrigação no prazo assinalado pelo juiz. Como meio de coerção o juiz poderá fixar multa² pelo atraso no cumprimento da obrigação, sendo-lhe permitido modificar seu valor ou sua periodicidade, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente tornarem-se impossível. Nesta hipótese, a fase executiva prosseguirá por meio da liquidação incidente, nos moldes do artigo 475-A, se necessário, e pela fase de cumprimento de sentença (que a esta altura estabelece obrigação por quantia certa), tanto das perdas e danos quanto de eventual multa.

Visto este panorama geral da fase executiva das obrigações de fazer e não fazer, cumpre-nos analisar detidamente a forma pela qual o devedor deverá ser intimado para o cumprimento da obrigação, objeto central da discussão jurídica que originou o presente estudo.

Como vimos há linhas atrás, a partir do momento em que a sentença começar a produzir efeitos, seja por ter transitado em julgado, seja por ter sido admitido recurso desprovido de efeito suspensivo, o juiz determinará a intimação do devedor para cumprir a prestação no prazo assinado na sentença, sob pena de incidir multa periódica pelo atraso no cumprimento da obrigação³.

A questão gira em torno da forma pela qual essa intimação deve ser efetivada. A intimação deverá se dar na pessoa do devedor ou basta a intimação na pessoa do seu advogado constituído nos autos do processo?

Conforme consta do artigo 234 do Código de Processo Civil, “Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa”. Assim como a citação, a intimação serve para dar ciência dos atos processuais praticados no processo.

Existem quatro formas de efetivação das intimações: i. por publicação em órgão oficial; ii. por correio; iii. na pessoa do advogado; ou iv. na pessoa da parte. O espaço não permite que seja efetuada uma análise detida sobre cada uma dessas modalidades, mas, em apertada síntese, podemos dizer que, em regra, as intimações se dão por publicação no diário oficial, fazendo-se constar os nomes das partes e dos advogados constituídos (art. 236, §1º).

No entanto, onde não houver órgão de publicação de atos oficiais, não será possível a efetivação da intimação por esta modalidade. Daí falar-se na intimação do advogado da parte por meio do correio (quando este possuir domicílio fora da sede do juízo) ou pessoalmente (quando tiver domicílio na sede do juízo, quando a tentativa por correio restar frustrada ou quando houver prerrogativa em lei).

A realização da intimação na pessoa da parte, como se depreende, possui caráter excepcional, sendo exigida apenas quando a intimação determinar a prática de atos personalíssimos da parte⁴. Conforme nos ensina Luiz Guilherme Marinoni, “esta

intimação dá-se por intermédio de oficial de justiça, que levará mandado de intimação (...). Efetivada a intimação por oficial, este deverá lavrar certidão, que conterá os requisitos do art. 239, parágrafo único, do CPC”⁵.

A questão, portanto, a ser respondida, consiste em saber se a obrigação de fazer ou não fazer imposta por meio de sentença judicial ao devedor há de ser tida como personalíssima. Em caso afirmativo, a intimação haverá de ser efetivada pessoalmente na pessoa do devedor, por meio de oficial de justiça. Em caso negativo, bastará a intimação por intermédio do advogado.

A doutrina se manifesta no sentido da primeira opção, considerando necessária a intimação pessoal do devedor por consistir a obrigação a ser cumprida por este um ato personalíssimo. Neste sentido, diferenciando as modalidades executivas do cumprimento das obrigações de pagar quantia e as de fazer e não fazer, Guilherme Rizzo Amaral aduz que:

“(...) enquanto o prazo para cumprimento da condenação ao pagamento de quantia, sob pena da multa do art. 475-J do CPC, dependerá apenas do trânsito em julgado da sentença para ser instaurado – ou seja, independerá da intimação do devedor ou de seu advogado – não se pode dispensar a intimação pessoal do réu para o cumprimento de decisões judiciais nas quais houver multa periódica cominada”⁶.

No mesmo sentido manifesta-se Humberto Theodoro Júnior, segundo quem:

“A dúvida que durante muito tempo perdurou a respeito do início da contagem da multa desapareceu pela posição firme que afinal o Superior Tribunal de Justiça adotou nos termos da sua Súmula nº 410 (...). É certo pois que se pode exigir, em execução, a multa coercitiva, tanto quando imposta em medida liminar como quando fixada em sentença final. Sempre, porém, a exigência será feita somente depois de intimado pessoalmente o devedor a cumprir a prestação devida”⁷.

A distinção no tratamento conferido pela lei às fases executivas das obrigações de pagar quantia certa e fazer ou não fazer decorre das consequências díspares que o inadimplemento

destas obrigações ocasionam. Enquanto na primeira a lei prevê apenas a submissão do devedor à multa única de 10% sobre o valor da condenação, para a segunda hipótese podem incidir *astreintes* (art. 461, §4º do CPC), multa por *contempt of court* (art. 14, parágrafo único do CPC) ou crime de desobediência (art. 330 do Código Penal). Percebe-se, pois, que o descumprimento da obrigação de pagar quantia certa provoca consequências mais amenas que aquelas oriundas do inadimplemento das obrigações de fazer e não fazer.

São justamente essas consequências mais graves decorrente de eventual desrespeito ao mandamento jurisdicional que fazem com que a doutrina exija intimação pessoal do devedor de obrigação de fazer ou não fazer⁸.

Na jurisprudência, a seu turno, não havia consenso sobre a matéria, vislumbrando-se decisões do Superior Tribunal de Justiça nos dois sentidos. Tal impasse se deu até o advento do verbete de nº 410 da Súmula de Jurisprudência dominante deste Tribunal, com o seguinte teor: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Dentre os julgados⁹ que inspiraram a edição do referido verbe-
te, destacam-se os seguintes trechos:

“É necessária a intimação pessoal do devedor quando aplicada multa diária pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. II. Cumprida a obrigação de fazer antes mesmo da intimação ser efetuada – é o que se extrai do acórdão recorrido - não há como incidir honorários advocatícios.” (AgRg nos EDcl no REsp 1067903 RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 18/11/2008);

“A parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de *astreintes*” (AgRg no Ag 774196 RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 19/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 294);

“É necessária a intimação pessoal, relativamente à decisão cominatória, da parte a quem se destina a ordem de fazer ou não fazer, mormente quando há fixação de *astreintes*.”[...] “Em relação ao Art. 632 do CPC, o Tribunal fluminense considerou indispensável a intimação pessoal da parte a quem se dirigia a decisão cominatória de obrigação de fazer.[...]. A presunção de que a intimação atingiu sua finalidade, ainda que sem atendimento às formalidades legais, não pode se sobrepor à certeza que decorreria da necessária intimação pessoal. Como bem ressaltou o eminente Ministro Luiz Fux (REsp 692.386), ‘(...) as conseqüências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação (...)’. Além disso, a instância precedente considerou que a decisão que fixou as *astreintes* foi prolatada de forma equivocada, pois determinou(...)’ não a exclusão do nome da ré-embargada dos cadastros de inadimplentes, mas sim, a exclusão do nome da autora-embargante dos referidos cadastros, o que por si só, já ensejaria sua nulidade (...)’. Este fundamento, suficiente para conduzir à procedência dos embargos à execução, foi atacado de forma inadequada no recurso especial. A recorrente não apontou qualquer ofensa à lei ou dissídio jurisprudencial.” (AgRg no Ag 1046050 RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 06/11/2008, DJe 24/11/2008).

No entanto, conforme passaremos a expor, novas decisões voltaram a agitar esta temática.

3. Análise de recentes decisões sobre a execução nas obrigações de fazer e não fazer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Nesta fase do presente trabalho, concentraremos esforços na análise de dois julgados que se deram após a edição do mencionado verbete nº 410 da Súmula de Jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, são eles: Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, e Recurso Especial nº 1.349.790-RJ, relatado pela Ministra Isabel Gallotti.

3.1. Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS¹⁰

O julgado em comento possui a seguinte ementa:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE.

(...)

2. A intimação do devedor acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, pode ser feita via advogado porque: (i) guarda consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente; (ii) em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, sendo certo que, para este último, consoante entendimento da Corte Especial no julgamento do REsp 940.274/MS, admite-se a intimação, via advogado, acerca da multa do art. 475-J, do CPC; (iii) eventual resistência ou impossibilidade do réu dar cumprimento específico à obrigação terá, como consequência final, a transformação da obrigação numa dívida pecuniária, sujeita, pois, à multa do art. 475-J do CPC que, como visto, pode ser comunicada ao devedor por intermédio de seu patrono; (iv) a exigência de intimação pessoal privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC; (v) uniformiza os procedimentos, simplificando a ação e evitando o surgimento de verdadeiras “arapucas” processuais que confundem e dificultam a atuação em juízo, transformando-a em terreno incerto.

3. Assim, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do “cumpra-se” pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do “cumpra-se”, mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor

de executar provisoriamente o julgado. Em suma, o cômputo das *astreintes* terá início após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória; e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação”.

O acórdão recorrido determinava a incidência da *astreint* imediatamente após o transcurso do prazo fixado pelo juízo no título executivo judicial. Dessa forma, o objeto de análise do julgado refere-se a dois pontos: saber se a incidência da multa se dá automaticamente ou depende de intimação da parte; e se esta eventual intimação da parte deve ser na pessoa do devedor ou bastaria a intimação de seu patrono.

Como o devedor, no caso concreto em análise, cumpriu a obrigação de fazer fixada na sentença antes de ter sido intimado, a análise do segundo ponto, ou seja, saber a forma pela qual se dá a intimação – se na pessoa do devedor ou se por intermédio de seu advogado – não foi objeto de julgamento. Não obstante isso, a temática foi analisada pelos Ministros e constou da ementa.

A relatora conduziu seu voto no sentido de negar a incidência automática da multa fixada no comando judicial, exigindo-se a prévia intimação da parte, que poderia se dar na figura de seu advogado. Mencionou a existência do verbete sumular comentado neste trabalho, mas afirmou que a questão haveria de ser reaberta ao debate em função do resultado obtido na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 940.274-MS¹¹, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha. Assim sendo, propôs a modificação deste Enunciado nº 410 da Súmula de jurisprudência dominante daquela Corte.

A linha de seu voto teve como argumentação a interpretação conjunta das três etapas de reforma do Código de Processo Civil e a necessária unidade e coerência do Código, não vislumbrando diferença ontológica¹² entre o cumprimento das obrigações de pagar e as de fazer e não fazer, razão pela qual deveria ser adotada a possibilidade de intimação na pessoa do advogado do

devedor em todas as espécies de cumprimento de sentença, seja nas obrigações de pagar quantia certa, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa diferente de dinheiro, com vistas a agilizar e desburocratizar a execução.

Daí ter afirmado que as reformas processuais efetuadas no Código de Processo Civil e o julgado da Corte Especial sobre o Recurso Especial nº 940.274-MS, “redimensionam a abrangência do mandato conferido pela parte ao advogado, incluindo, além dos poderes de postulação, também poderes que impliquem ciência, na pessoa do mandatário, de ônus impostos ou de atos a serem praticados pelo mandante”.

Ainda segundo a relatora:

“[e]xigir a intimação pessoal do devedor no cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer proporciona, ainda, o estímulo à sua ocultação, já que sem essa formalidade não haverá como lhe impor medidas coercitivas para o cumprimento específico da obrigação. Essa situação, de certa forma, privilegia a execução inespecífica das obrigações, tratada como exceção pelo próprio art. 461 do CPC”.

E conclui, conforme expusemos a cima, que:

“(…) a intimação do devedor, via advogado, acerca da imposição da multa do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, se mostra como o meio mais adequado de cientificar a parte, por guardar consonância com o espírito condutor das reformas que vêm sendo imprimidas ao CPC, em especial a busca por uma prestação jurisdicional mais célere e menos burocrática, bem como a antecipação da satisfação do direito reconhecido judicialmente.

Dessa forma, o procedimento que a Corte Especial estabeleceu para a execução de obrigação por quantia certa deve ser aplicado ao cumprimento das obrigações de fazer ou de não fazer, ou seja, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do ‘cumpra-se’ pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do “cumpra-se”, mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da

própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado”.

Com base nestes argumentos seu voto foi no sentido de reformar o acórdão recorrido, dando-se provimento aos Embargos de Divergência no Agravo de Instrumento e ao próprio Recurso Especial, para assentar a indispensabilidade de prévia intimação do devedor, o que poderia se dar na pessoa de seu advogado, contrariando, em parte o que dispõe o Enunciado Sumular nº 410 do STJ.

Proferido o voto, pediu vista o ministro Luis Felipe Salomão. A síntese de seu voto foi no sentido de acompanhar parcialmente a relatora, dando provimento aos Embargos de Divergência em Agravo de Instrumento e ao Recurso Especial em comento, tendo em vista que o acórdão recorrido afirmava a incidência automática das *astreints* imposta, independentemente de prévia intimação do devedor.

No entanto, é importante observar que ele rejeitou expressamente a possibilidade desta intimação prévia do devedor se efetivar na pessoa de seu advogado. Fez consignar em seu voto-vista a indispensabilidade de que a intimação seja efetivada na pessoa do devedor.

Por esta razão, rejeitou a proposta formulada pela relatora de modificação do Verbete nº 410 da Súmula de jurisprudência dominante da Corte, senão vejamos:

“(…) a eminente Relatora propõe a revisão da Súmula 410, para adequá-la às recentes reformas processuais e ao julgamento da Corte Especial que afirmou ‘na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do ‘cumpra-se’ pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento)’.

(...)

Não vejo motivo, destarte, para qualquer modificação no entendimento consolidado do STJ, no sentido de que o cumprimento da obrigação não é ato cuja realização dependa de advogado, mas é ato da parte, conforme preceituado no enunciado da Súmula 410 desta Corte”.

Conclui seu voto-vista afirmando acompanhar a relatora “apenas quanto à necessidade de prévia intimação pessoal do devedor acerca da decisão que impôs a multa pelo descumprimento de obrigação de fazer”. Conforme se verificará quando da análise do tópico seguinte, os demais Ministros que compõem a Segunda Seção seguiram este voto-vista, negando a modificação do Verbete Sumular nº 410 daquela corte e ratificando a necessidade de que a prévia intimação seja efetivada na pessoa do devedor.

Não obstante esta expressa ressalva constante do voto-vista proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, constou da ementa elaborada pela relatora do feito, Ministra Nancy Andrighi, que a Corte haveria deliberado, à unanimidade, a possibilidade da intimação do devedor se realizar por intermédio de seu patrono. Colaciona-se, uma vez mais, a ementa do julgado, pela relevância de seus termos:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE APRECIA O MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 315/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER. ASTREINTES. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE. INTIMAÇÃO POR INTERMÉDIO DO ADVOGADO. POSSIBILIDADE”.

3.2. Recurso Especial nº 1.349.790-RJ¹³

Do julgamento do Recurso Especial sob análise decorreu a seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. INTIMAÇÃO PESSO-

AL. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 410-STJ. EXCLUSÃO DA PENA. PROVIMENTO.

1. “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.” Entendimento compendiado na Súmula n. 410, editada em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o qual continua válido em face do ordenamento jurídico em vigor. Esclarecimento do decidido pela 2ª Seção no EAg 857.758-RS.

2. Hipótese em que não houve intimação específica para o cumprimento da obrigação de fazer sequer em nome do advogado. A intimação do conteúdo da sentença, em nome do advogado, para o cumprimento da obrigação de pagar, realizada na forma do art. 475-J do CPC, não é suficiente para o início da fluência da multa cominatória voltada ao cumprimento da obrigação de fazer.

3. Recurso especial provido”.

Como se desprende desta ementa, a Ministra Isabel Galoti afetou o julgamento do Recurso Especial em comentário à Segunda Seção para esclarecer o conteúdo decidido por este mesmo órgão colegiado no EAg 857.758-RS, que acabamos de analisar.

Com este intuito, destacou o conteúdo do voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão que seguiu somente em parte o voto proferido pela relatora, Min. Nancy Andrighi, naquele feito, rejeitando, como vimos, a modificação e ratificando a necessidade de que a prévia intimação seja efetivada na pessoa do devedor.

Consta do voto da Ministra Isabel Galloti:

“A pretendida revisão do referido verbete, aprovado em sessão de 25.11.2009, não foi aceita pelo Colegiado, o qual somente acompanhou a relatora, unanimemente, quanto à conclusão de seu voto a respeito do caso concreto em julgamento.

Explico. No caso julgado no mencionado EAG 857.758/RS, o Tribunal de origem entendeu que a fluência da multa cominatória para cumprimento da obrigação de fazer inicia-se após o decurso do prazo de 30 dias fixado na sentença, contados a partir do trânsito em julgado do

acórdão que a confirmou, sem necessidade de intimação do devedor, sequer na pessoa de seu advogado.

Diante da confirmação do acórdão pela 4ª Turma, foram opostos embargos de divergência, buscando a exclusão da multa sob a alegação de que somente incidiria depois do decurso do prazo para cumprimento da obrigação de fazer, contado da intimação pessoal do devedor. E, no caso, argumentou a UNIMED que a obrigação fora cumprida espontaneamente, antes de qualquer intimação para tal fim.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, em longo e elaborado voto, expôs seu entendimento de que a reforma processual levada a efeito pelas Leis 11.323/05 e 11.382/06, entre outras, justificaria a revisão da Súmula 410, para igualar o rito do cumprimento de sentença condenatória a obrigação de fazer e não fazer ao rito da execução de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Invocou o acórdão da Corte Especial no REsp. 940.274, no qual se decidiu, a propósito de execução de obrigação pecuniária, disciplinada pelo art. 475-J, que “após a baixa dos autos à Comarca de origem e a oposição do ‘cumpra-se’ pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento).” Defendeu que, a despeito do tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, de modo que não haveria justificativa para estabelecer distinção entre a forma de intimação do devedor nas execuções de pagar e fazer ou e não fazer. Preconizou ficasse assentado, na jurisprudência da Seção, que também no cumprimento de condenação à obrigação de fazer e não fazer o devedor fosse intimado na pessoa de seu advogado e não mais pessoalmente, como reza a Súmula 410. Na conclusão do caso em julgamento, esclareceu que “a obrigação foi espontaneamente cumprida pela UNIMED, antes de qualquer intimação acerca da decisão que lhe impôs a obrigação de restabelecer o contrato”. Por este motivo, entendeu subsistir “a necessidade de intimação da parte, ainda que por intermédio de seu advogado, acerca da decisão final do processo, determinando o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer”, donde o provimento dos embargos de divergência”.

Destacou ter havido, naquele julgamento, intenso debate acerca da modificação do Enunciado nº 410 da Súmula de ju-

risprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, deliberando a Seção pela manutenção do mesmo. Juntou ao voto a degravação das notas taquigráficas daquele julgado, que comprova o referido debate, com participação da Ministra relatora, Nancy Andrichi, e dos Ministros Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

Este último, em divergência aos argumentos formulados pela relatora, asseverou que:

“(…) o legislador processual brasileiro tratou execução para entrega de coisa, execução para obrigação de fazer e não fazer, um procedimento totalmente diferente da execução para pagamento de quantia certa. O legislador deu de propósito, de acinte tratamento diferenciado, e o fez pela peculiaridade das obrigações.

Se interpretarmos sistematicamente o Código de Processo Civil veremos que a ação de obrigação de fazer ou não fazer pode se convolar ou não em perdas e danos. E, se se convolar em perdas e danos, temos a obrigação subsidiária que remeterá a um procedimento, que é o de execução por quantia certa.

De sua vez, a obrigação para entrega de coisa certa, o legislador teve o condão de explicitar que, procedente, expede-se o mandado de busca e apreensão, ou de imissão na posse, se for o caso. Quer dizer, ele trouxe, na estrutura procedimental, tratamento bem diferenciado. Por isso, não me parece, aqui, razoável, ou melhor, consentâneo, unificarmos aquilo que o legislador quis, de propósito, separar. O legislador quis separar e o separou.

Por sua vez, não me parece, também, adequado que possamos proceder execução para pagamento de quantia certa do mesmo modo que obrigação de fazer e não fazer, ou, do mesmo modo, obrigação para entrega de coisa, fixando multa, porque o legislador aí foi claro.

(…)

Creio que o legislador tratou de propósito diferentemente coisas que eu, ao contrário da Sra. Ministra Nancy Andrichi, respeito muito o seu ponto de vista, o seu brilhantismo, a sua colaboração sempre dada a essa Corte, sem dúvida, a que mais contribuiu, se olharmos, até, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior pelo tempo, pela construção de ideias e inteligência aqui trazidos, mais contribuíram para a evolução

da nossa jurisprudência, acredito que, aqui, estaríamos atropelando o sistema processual”.

Após o debate que se deu no plenário quanto ao ponto, seguiu-se ao voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão que, conforme expusemos, rejeitou a proposta de reforma do Enunciado Sumular nº 410 daquela Corte e expressou-se favorável à necessidade de intimação pessoal do devedor quando se tratar de execução de obrigação de fazer ou não fazer.

O voto-vista acompanhou a relatora tão somente na solução do caso concreto, haja vista que o acórdão recorrido afirmava a aplicação imediata da multa fixada pelo juízo, independentemente de prévia intimação do devedor. Como este cumpriu a obrigação de fazer fixada na sentença antes de ter sido intimado, a análise da forma pela qual se dá essa intimação – se na pessoa do devedor ou se por intermédio de seu advogado – não foi objeto de julgamento, apesar de constar da ementa.

Diante de tal quadro, os demais ministros acompanharam a conclusão do voto da relatora, sem explicitação de voto.

Daí a Ministra Isabel Gallotti, no julgamento deste Recurso Especial nº 1.349.790-RJ ter afirmado:

“A certidão do julgamento registrou o resultado unânime, com a adesão, inclusive, dos votos dos Ministros Aldir Passarinho Junior e Luís Felipe Salomão, que expressamente haviam se manifestado contra a tese exposta na ementa do acórdão, a qual não fez, contudo, referência à peculiaridade do caso concreto (cumprimento da obrigação antes da intimação do devedor), a despeito de ter sido justamente esta que ensejou a adesão unânime dos membros da Seção.

Entendo, portanto, que o julgamento do EAG 857.758/RS - a despeito do contido em sua ementa, que externou entendimento pessoal da relatora, contra o qual se manifestaram expressamente três membros da Seção - não alterou a orientação consolidada na Súmula 410 (“A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”). A propósito, esta também é a compreensão que se extrai do resumo do julgamento do EAg 857.758-RS divulgado no Informativo 464/STJ, período de 21 a 25 de fevereiro de 2011.

(...)

(...) persisto no entendimento de que “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (Súmula 410), divergência que somente não expressei quando do julgamento do EAG 857.758/RS em face do aditamento expressamente feito pela relatora, que se comprometeu a retirar de seu voto a parte relativa à modificação da Súmula 410.

Ressalto que a Súmula 410 foi aprovada pela 2ª Seção em 25.11.2009, anos após a entrada em vigor da Lei 11.232/2005, não tendo sido feita em seu texto ressalva alguma no sentido de que se destinaria apenas aos atos processuais anteriores à reforma processual de 2005.

Faço minhas todas as ponderações dos Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha e Luís Felipe Salomão, a propósito da diferença de tratamento legal, antes e depois da reforma empreendida pela Lei 11.232/2005 (art. 475-I), quanto ao rito das execuções por quantia certa (art. 475-J) e do cumprimento de sentença condenatória à obrigação de fazer e não fazer (art. 461).”.

Desta feita, constata-se que houve um grave equívoco na formação do julgado que analisamos em primeiro lugar, que se tentou solucionar quando do julgamento deste segundo feito. Percebe-se que consta na ementa daquele caso, mais informação do que o julgamento do caso concreto permitiria extrair.

Relembre-se que o recurso discutia (i.) a necessidade de prévia intimação do devedor para que a multa incidisse, descartando-se a tese de sua aplicação automática, e (ii.) que esta intimação deveria ter ocorrido na pessoa do próprio devedor, nos termos do Enunciado Sumular nº 410 do Superior Tribunal de Justiça. Como o devedor havia cumprido a obrigação antes de ter recebido qualquer intimação, a análise deste segundo ponto restou prejudicada.

E, pior, o que consta da ementa não representou a maioria do julgamento, muito antes pelo contrário, consistiu na posição isolada da relatora. A análise deste ocorrido é o suficiente para

que nos debruçemos sobre a importância dos precedentes e do modo correto de sua utilização.

4. Aplicação dos Precedentes

Precedentes são os entendimentos judiciais a respeito dos casos concretos que são submetidos à análise dos Tribunais. Lenio Streck e Georges Abboud nos ensinam que “a regra do precedente se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, isto é, continuar com as coisas decididas e não mover as ‘coisas quietas’”¹⁴.

Segundo Charles Cole e Adrian Jenkala¹⁵:

“The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedente follow that precedente and not ‘disturb a settled point’”.

De acordo com Caio Taranto¹⁶:

“Os precedentes, em uma visão funcional, consubstanciam o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a uma certa decisão quanto à matéria de direito. Logo, o precedente, apenas, existe no contexto de uma decisão que expõe o conhecimento pré-constituído ao qual ele (o precedente) atua como veículo ou em manifestações outras aptas a provocar, de forma direta ou indireta, a decisão do Poder Judiciário em dado sentido, como em uma contestação, ou em um parecer do Ministério Público ou em uma contrarrazão”.

Assim, temos que nem toda decisão emanada da atividade jurisdicional do Estado deve ser tida como precedente judicial. Para tanto, ela deve manifestar-se sobre algo novo, que não conste outras manifestações semelhantes. Se, porventura, ela referir-se a outras decisões anteriores que a fundamentam, não acrescentando nenhum dado, não poderá ser tida como precedente.

É possível que o precedente origine-se de uma única decisão, dependendo do órgão que a pronuncie ou da relevância da

matéria debatida, como se verifica nas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Outra forma de se formar o precedente é através da reiteração de decisões no mesmo sentido, como se dá, entre nós, com as súmulas.

Os precedentes podem ser *binding authority precedents* ou *persuasive authority precedents*. No primeiro caso, eles devem obrigatoriamente ser seguidos pelos magistrados das cortes inferiores na solução dos casos que lhe são postos a julgamento. Nos Estados Unidos da América, possuem atribuição de formar *binding authority precedents* a Suprema Corte, em relação a todo o território nacional, assim como a Corte suprema de cada Estado e as Cortes federais de apelação, no âmbito dos respectivos limites de competência¹⁷. No segundo, eles servem como meros conselhos ou orientações a serem seguidas, despidos de qualquer força vinculante¹⁸.

De toda sorte, não são todas as decisões emanadas destas Cortes que se transformam, automaticamente, em precedente judicial de observância obrigatória (*binding authority precedents*). Para tanto faz-se necessário que se observe o quórum de maioria absoluta¹⁹ da Corte em relação às razões fundamentais da Corte²⁰, razão pela qual procede-se à divisão dos votos proferidos em tantas partes quantas sejam as razões fundamentais²¹. Desta forma, permite-se aos julgadores concordarem com apenas parte dos fundamentos utilizados pelos demais colegas, e as razões que iram vincular os demais julgados serão aquelas que formarem maioria.

Pode ocorrer de um caso submetido à análise do Judiciário não tenha um *binding precedent* que lhe sirva de paradigma. Nesse caso, chama-se de *cases of first impression*. São as demandas inéditas, oriundas de novas situações jurídicas. Nestes casos, por intuitivo, o julgador estará livre para formar seu convencimento.

Faz-se mister destacar a possibilidade de eventual superação (*overruling*) do precedente formado, o que evita o engessamento do sistema, tendo em conta que os precedentes não são lapida-

dos em rocha²². A alteração do precedente pode ocorrer em decorrência da mudança da lei no qual se baseou ou em razão da mudança de entendimento da própria Corte que o originou ou de Corte superior a qual esteja vinculada.

Como se extrai de Charles Cole e Adrian Jenkala²³:

“The law-maker (the legislative branch of government) may change the basic law relating to the precedent, the passage of the time and evolving culture may render the precedent obsolete, or the majority of the Court may change its judicial philosophy in such a manner to overrule prior precedent and establish new precedent”

De outra banda, conforme exposto anteriormente, a parte interessada ou o juiz da causa pode demonstrar que o caso sob exame não merece ver aplicado determinado precedente, mesmo que seja de observância obrigatória, em razão das circunstâncias fáticas serem distintas, técnica esta conhecida como *distinguishing*.

A hipótese do juízo inferior em relação àquele que formou um *binding precedent* deixar de aplicá-lo – situação em que não caiba a utilização do *distinguishing*, como visto a cima – é remota, mas existe. Para tanto, o ônus argumentativo é alto, devendo demonstrar que este encontra-se flagrantemente obsoleto em virtude da nova realidade social.

O Brasil e os tradicionais sistemas de *Civil Law* vêm vivenciando um movimento de convergência com o *Common Law* que não pode mais ser considerado aparente, devido à colocação de, cada vez maior, destaque ao uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões pelo Judiciário pátrio²⁴.

Ao contrário do que se passa nos Estados Unidos da América, entre nós vigora a regra dos precedentes meramente persuasivos, ou seja, não vinculantes. Desta feita, todos os juízes podem interpretar livremente as leis, mesmo que exista posição consolidada em sentido diverso pelos Tribunais que lhes são superiores.

No entanto, existem algumas exceções. Desde a promulgação da Constituição Cidadã, atribui-se tal características às decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme se extrai do seu artigo 102, §2º.

Além desta, recentemente, foram introduzidos alguns mecanismos que atribuíram eficácia vinculante aos julgados. O principal deles é a Súmula Vinculante, veiculado no artigo 103-A da Constituição Federal, tendo sido introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

Há outros mecanismos que, em que pese não estipulem a sistemática de precedentes vinculantes, atribuem relevante força aos precedentes, como se verifica no caso de concessão de poderes ao relator do recurso para proferir decisão monocrática com base em precedente judicial²⁵.

Parte da doutrina vem alertando para o uso indevido do precedente judicial em *terrae brasilis*. Dierle Nunes e Alexandre Bahia²⁶ afirmam que a utilização dos precedentes tem se dado de forma peculiar entre nós tendo em conta que eles são usados para dimensionar a litigiosidade repetitiva, sendo vistos como padrões decisórios aptos a conter a explosão exponencial de demandas e os altos índices de congestionamento judicial.

E continuam os autores advertindo que:

“O pressuposto equivocado é o de que mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação, mediante a técnica de causa piloto, o Tribunal Superior (e existe a mesma tendência de ampliação dessa padronização nos juízos de segundo grau no CPC Projetado) formaria um julgado (interpretado por nós como precedente) que deveria ser aplicado a todos os casos ‘idênticos’²⁷.”

Faz-se mister, na formação do precedente judicial de observância obrigatória que seja assegurada a garantia do contraditório participativo, de modo a possibilitar às partes influírem no resultado do julgamento. Com isso, o julgador deverá enfrentar

todos os argumentos deduzidos no processo capazes, em tese, de influenciar na sua decisão. A análise seletiva de argumentos a serem enfrentados, como se observa atualmente, com aquiescência dos Tribunais Superiores, não pode prosperar, sob pena de gerar grave prejuízo na formação e aplicação do precedente aos futuros casos idênticos.

Como bem observado por Dierle Nunes e Alexandre Bahia²⁸:

“Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos. Assim, os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa para que realmente pudessem ser percebidos como verdadeiros padrões decisórios (*standards*) que gerariam estabilidade decisória, segurança jurídica, proteção da confiança e previsibilidade. De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma ‘radiografia argumentativa’ daquele momento decisório”.

A instituição de um sistema no qual uma decisão passada será utilizada para um caso presente exige muito cuidado e dedicação dos sujeitos do processo e dos intérpretes do sistema. A reinvidicação de um caso necessita discussão sobre a *ratio decidendi* levantada por quem cita o precedente – tendo em conta que a mera citação de uma Ementa (ou de um Enunciado de Súmula) não constitui trabalhar com casos. Há que se fazer uma reconstrução dos fatos e fundamentos do caso passado comparando-o com o presente para perceber se (e em que medida) é coerente aplicar-se o entendimento anterior²⁹.

Entre nós, para que se configure a maioria dos membros que compõem o colegiado, basta a coincidência no que concerne ao dispositivo do acórdão, não possuindo nenhuma relevância os fundamentos por cada um deles utilizados. Acreditamos que esta sistemática é falha, pois não permite aos jurisdicionados concluir qual o real sentido do julgado – possível precedente.

Neste sentido a advertência formulada por Eduardo Cambi e Thiago Filippo³⁰:

“Aqui, para que haja uma decisão tomada pela maioria, basta coincidência quanto ao dispositivo. Assim, se um julgador chegar à mesma conclusão (dispositivo) a que chegou outro, haverá, de todo o modo, maioria, independentemente se divergiram, ou não, quanto à fundamentação”.

Falta, assim, aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos precedentes. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento ‘correto’, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo³¹. O mesmo raciocínio se aplica às súmulas, devendo o seu sentido ser extraído da análise das situações fáticas e jurídicas que embasaram os julgados que lhes deram origem.

O caso mencionado no tópico anterior demonstra um exemplo de má utilização do precedente, especialmente quanto ao modo equivocado segundo o qual o mesmo foi formado. Infelizmente, esse caso tem se repetido no judiciário pátrio³²⁻³³.

Este julgado em comento, como visto, não é o único, mas é o suficiente para demonstrar a fragilidade de nosso sistema jurídico de precedentes. Deve-se perceber que os enunciados não são dados, mas construídos. Eles não surgem do nada, e devem ser interpretados e aplicados levando-se em conta os julgados que os formaram, e as circunstâncias fáticas subjacentes a eles. Desta feita, deve ser combatida a aplicação mecânica dos precedentes, despreocupada com suas razões e fundamentos. Ocorre que este é o tipo de aplicação que se verifica na praxe forense, inclusive pelos Tribunais, até mesmo os Superiores. De acordo com Dierle Nunes e Alexandre Bahia³⁴, nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial permite a aplicação de súmulas mecanicamente.

Nestes casos em que a ementa não reflete o entendimento da maioria dos membros que compõem o colegiado, mas a posição do Ministro que proferiu o voto condutor da maioria, resta evidente a fragilização da sistemática dos precedentes, pois em sua formação o colegiado deve ter o cuidado de refletir na ementa do julgado aquilo que restou acordado pela maioria, seja quanto às questões preliminares ou em relação ao dispositivo ou quanto à sua fundamentação. Caso contrário, a decisão será uma farsa e terá pouca força como precedente.

Como se extrai de Dierle Nunes e Alexandre Bahia³⁵:

“Qual força argumentativa (qual o peso argumentativo) de um caso desses para se tornar um precedente? Qual (is) *ratio decidendi* se pode(m) extrair aqui que sirva(m) para futuros casos se nenhum dos três fundamentos do “acórdão” contou com o “acordo” dos que figuram como votos vencedores?”

A sistemática adotada atualmente para a configuração da maioria dos votos que integram o colegiado, ao se preocupar exclusivamente com a parte dispositiva, gera profunda insegurança, tendo em conta que, conforme constatado, possibilita que a ementa seja diversa da realidade em relação aos seus fundamentos.

Tanto a segurança jurídica quanto a isonomia, que embasam a adoção da sistemática de precedentes obrigatórios, restariam comprometidas, haja vista que se tomaria como obrigatório um falso precedente, pelo menos em parte.

Assim, temos que é procedente a advertência formulada por Dierle Nunes e Alexandre Bahia³⁶:

“(…) ao se acompanhar o modo como os Tribunais brasileiros (inclusive o STF) trabalham e proferem seus acórdãos percebemos que se compreendem parcamente as bases de construção e aplicação desses padrões decisórios (precedentes), criando um quadro nebuloso de utilização da jurisprudência. Flutuações constantes de entendimento, criação subjetiva e individual de novas perspectivas e quebra da integridade (Dworkin) do direito são apenas alguns dos ‘vícios’”.

5. A contribuição da hermenêutica filosófica

De acordo com Lenio Streck e Geores Abboud,

“Discutir precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes é, necessariamente, adentrar no delicado campo da hermenêutica. Há vários modos de trabalhar a ‘questão da interpretação’, que, ao fim, será a ‘questão hermenêutica’. A partir daquilo que representou o giro ontológico-linguístico – com as obras e doutrinas de Heidegger, Gadamer e do segundo Wittgenstein – é possível dizer que superamos a hermenêutica denominada de ‘clássica’, que cindia interpretação de aplicação e que ainda acreditava na busca dos sentidos intrínsecos ao texto jurídico, como se ao intérprete fosse possível fazer uma *Auslegung* (extrair o sentido). Na verdade, a partir do ‘movimento hermenêutico’ do século XX, a tarefa do intérprete (do direito) é o de atribuir sentidos (*Sinngebung*)”³⁷.

Um dos maiores expoentes da hermenêutica jurídica filosófica em *terrae brasilis*, Lenio Luiz Streck tem destacado, de há muito, o risco em se adotar esta técnica de vinculação aos precedentes sem o devido cuidado, especialmente diante das peculiaridades de nosso ordenamento jurídico e da importância que deve ser dada aos casos concretos, aos fatos subjacentes à formação dos julgados paradigmas.

Conforme alertam os citados professores:

“Nos dias atuais, nosso cenário jurídico tem caminhado em direção ao Admirável Mundo Novo. Vale dizer, nossa distopia é a materialização de um modelo jurídico fundado na estabilidade e na eficiência, ainda que isso implica uma supressão da constitucionalidade e da qualidade.

Grande parcela do nosso imaginário jurídico fixa como principais metas de um sistema jurídico a estabilidade e a eficiência, por conseguinte, aposta-se no caminho mais estreito para atingir tal desiderato, criação de mecanismos vinculatórios-interpretativos a serem proferidos pelo STJ e pelo STF, ignorando a realidade jurisprudencial desses tribunais, que não possui integridade e coerência porque largamente pautada em discricionariedade e casuísmo”³⁸.

A hermenêutica jurídica de cariz filosófico, impulsionada pela invasão da linguagem³⁹, aposta na intersubjetividade, rejeitando, de plano, a proeminência do sujeito solipsista e das posturas discricionárias e decisionistas, próprias do positivismo jurídico⁴⁰, utilizando-se, ao revés, da faticidade⁴¹, pois o modo prático de ser no mundo determina a atividade compreensiva.

Sendo assim, entende que a solução não se encontra nestes mecanismos vinculatórios, mas, dentre outras, em uma sólida teoria da decisão⁴², que nos permita, a um só tempo, vencer o mal da discricionariedade e romper a junção, operada pelo senso comum teórico⁴³, entre texto e norma⁴⁴. Como se extrai das lições de Lenio Streck e Georges Abboud, “não adianta aprovar (e apostar em) mecanismos vinculatórios. O problema está na decisão jurídica”⁴⁵.

Quanto ao ponto, imperioso destacar a posição do professor Lenio Streck:

“A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação”⁴⁶.

Com efeito, o relator não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa⁴⁷. Não pode impor a fórceps seus posicionamentos jurídicos em detrimento da manifestação do órgão colegiado e da doutrina como um todo⁴⁸. Agindo assim, está assumindo o papel de sujeito solipsista⁴⁹, agindo com discricionariedade, contra tudo e contra todos⁵⁰. Esta é, por sinal, uma faceta viva do ativismo judicial praticado em *terrae brasilis*.

A hermenêutica não encara os precedentes como um mal em si⁵¹, mas, de outra ponta, ela não pode ser encarado como a solução dos problemas do judiciário brasileiro⁵². O sistema de precedentes pode ser um instrumento apto a promover valores constitucionais, como a isonomia, contribuindo para a efetivação da almejada integridade do direito. Mas ele não pode, por

óbvio, jogar por terra outras garantias constitucionais, como o contraditório, o *due process of law* e a integridade da própria jurisprudência, o que faz com que gere prejuízos à própria isonomia que o precedente visa tutelar, na medida em que se proferem decisões contraditórias para casos semelhantes⁵³. E é isso que, infelizmente, tem sido vivenciado entre nós, como se depreende dos casos mencionados no texto.

Um dos entraves na adoção destes mecanismos de vinculação aos precedentes é o seu caráter anti-democrático. É o que nos expõe Lenio Streck e Georges Abboud:

“(...) em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais deve(ria)m ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. Por consequência, o papel da jurisprudência deve(ria) ficar caudatário daquilo que chamamos de direito. Nesse ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido)”⁵⁴.

Outro grave problema oriundo da atribuição de efeito vinculante aos precedentes é a sua entificação, sua transformação em objeto isolado de estudo, desvinculando-se dos casos que lhes deram origem. Na medida em que o enunciado constante do precedente se torna um ente, ele se descola do(s) caso(s) de onde nasceram, o que é um grave perigo⁵⁵.

A cada nova aplicação desse enunciado, dever-se-á proceder à sua reconstrução, buscando extrair seus fundamentos (a *holding*, que formará a *ratio decidendi*) que embasaram aquele julgado, e comparação do caso concreto (da situação fática-jurídica) que o ensejou com a realidade fática-jurídica do caso a ser julgado, com vistas a verificar se este precedente deve ser aplicado ou se trata-se de controvérsia fática-jurídica distinta (a ensejar a incidência do *distinguishing*) ou, havendo semelhança, se existe

algum fato superveniente que enseja a modificação do posicionamento anterior formado pela Corte (*overruling*)⁵⁶.

Neste sentido, segundo Lenio Streck e Georges Abboud,

“A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”⁵⁷.

Afinal, o enunciado contido no precedente não é a norma pronta e acabada, ao revés, é um texto, que reclama a atribuição de sentido. Esta atribuição somente pode ser realizada no cotejo de um caso concreto, jamais em abstrato, de forma generalizada⁵⁸. O precedente deve ser tido como destino final apenas em relação aos casos concretos de onde se originou. Com relação aos demais casos, diferentemente do que se vê na aplicação cotidiana da praxe forense, a doutrina do precedente o encara como sendo o ponto de partida, a depender do cotejo analítico com os demais casos aos quais se pretende seja ele aplicado, com vistas a verificar a possibilidade de aplicá-lo.

Se o caso concreto atual (que não deve ser encarado como mero dado estatístico, diga-se de passagem, pois envolve vidas, situações concretas na sociedade⁵⁹) for semelhante ao precedente firmado e se não houver situação especial que incida sobre o mesmo que justifique a superação do entendimento anteriormente firmado pela Corte, o precedente poderá ser utilizado. Mas não se entenda, com isso, que ele deverá, necessariamente, ser reproduzido integralmente ao presente caso. Dependerá, ainda, de seu cotejo com as garantias constitucionais, ou será que alguém está a defender que a técnica dos precedentes possui caráter supra-constitucional?

É que o precedente reclama a análise de sua historicidade⁶⁰, por meio da reconstrução integrativa do direito – com vistas a manter a coerência e integridade do direito –, mais especificamente da cadeia de julgados que o originou, bem como das regras e princípios preexistentes no cotidiano das práticas jurídicas na qual está assentado. Tal se dá justamente para que se evite “interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, venham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição”⁶¹.

Analisando especificamente a situação da súmula vinculante, mas cujos comentários servem, na integralidade, ao problema mais amplo da sistemática de precedentes, Lenio Streck e Georges Abboud, se manifestam no seguinte sentido quanto ao ponto em comento:

“(...) para que a súmula vinculante possa ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar as particularidades de cada caso concreto, ela deve ser visualizada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecânica, e, sim, hermeneuticamente, respeitando de forma radical a coerência e a integridade do direito.

Nesse contexto, seguindo esse ‘mínimo é’ da súmula, cada futura aplicação terá que desvendar o DNA das aplicações anteriores, chegando-se a uma ‘interpretação tradicional’ (no sentido autêntico do termo, hermeneuticamente falando). E no que estará fíncada essa (re) construção do significado do enunciado sumular? Na fundamentação detalhada, enfim, naquilo que pode ser denominado de *accountability hermenêutica*”⁶².

Advertindo sobre o risco de se utilizar as súmulas de forma descolada com o substrato fático que a embasou, ou seja, de modo objetificado, repristinando o mito do dado da filosofia da consciência, Lenio Streck afirma que:

“(...) muito antes de serem transformadas em ‘vinculantes’, já sustentava (e denunciava) que há(via) nelas uma nítida pretensão objetivista, que nos joga(va) de volta ao ‘mito do dado’. Trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas

as possíveis hipótese de aplicação. São respostas *a priori*, ‘oferecidas’ antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de ‘antecipação de sentido’, uma ‘tutela antecipatória das palavras’ ou, ainda, uma atribuição de sentido *inaudita altera partes*...! Mais ainda, são o produto de um neopandectismo, represtinando a pretensão de construção de ‘realidades supra-legais’, em que os conceitos adquirem ‘vida autônoma’. As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas jurídicas, tem a pretensão de possuírem uma substancia comum a todas ‘as demandas’ (causas)⁶³.

Mas, como proceder de tal maneira se o acórdão do caso paradigma for falseado? Quer dizer, como vencer a discricionarieidade do julgador, o ativismo judicial de inserir na ementa do julgado posicionamento jurídico isolado dele ou mascarado de minoria para maioria? É exatamente essa reconstrução do precedente como condição de possibilidade para sua aplicação aos casos futuros que possibilitará essa correção. O direito há de ser concretizado em cada caso concreto, por meio do qual se oxigena, respira, transpira e se atualiza. Sua aplicação não pode se dar, de forma alguma, de modo meramente silogístico, por meio da velha (e agora reinventada) subsunção dos casos aos enunciados normativos⁶⁴.

Ao contrário, se sua aplicação for mecânica – essa espécie de *prêt-à-porter* jurídico que o professor Lenio vem denunciando e combatendo –, as consequências serão drásticas. Os casos mencionados neste estudo são o suficiente para demonstrar empiricamente estas preocupações teóricas.

Com efeito, o jurista desatento que não empreender uma análise completa do julgado e sua relação com o caso concreto, será induzido a entender que o Superior Tribunal de Justiça reformulou seu entendimento consolidado em súmula após o julgamento do Recurso Especial em análise, não sendo mais necessária a intimação pessoal do devedor para cumprir a obrigação de fazer ou não fazer sob pena de multa, bastando, para tanto, a intimação do seu patrono. Afinal, não é isso que consta de sua ementa?

E o que dizer do enunciado nº 309 da Súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça que, conforme expusemos acima na nota de rodapé nº 32, não consubstancia os fundamentos extraídos dos julgados que lhes deram origem? Mais uma vez, o jurista desatento seria induzido a erro.

Daí se vê o risco em se adotar a técnica de vinculação de precedentes em nosso sistema jurídico, cuja cultura que o operaciona, seja na criação ou na sua aplicação, não se encontra adequadamente familiarizada⁶⁵. Nossa fonte normativa principal⁶⁶ sempre foi a Constituição e as leis (as constitucionais, por óbvio⁶⁷) e, mesmo com elas, enfrentamos dificuldades hermenêuticas em sua aplicação.

O que dirá com os precedentes que, conforme é sabido, vem ganhando força em nosso ordenamento há pouco tempo⁶⁸. Até então, possuíam apenas força retórica, caráter persuasivo. E ainda assim, convivemos com estas discrepâncias. O que deveremos esperar, então, com a vinculação cada vez maior que vem sido consagrada aos precedentes?

6. Conclusão

A sistemática atual é frágil e perniciosa. Na formação do precedente, não deve ser levado em consideração tão somente a parte dispositiva. Muito antes pelo contrário, cada um dos tópicos que sirvam como fundamentação do julgado deve ser levado em consideração, procedendo-se à contagem dos votos em separado, para que se possa extrair o posicionamento firmado pela Corte em relação a cada um dos pontos jurídicos levados à sua apreciação. Essa exigência decorre da necessidade de fundamentação analítica dos julgados.

Também a aplicação dos precedentes não pode se dar de forma mecânica. Deve-se proceder à reconstrução dos fatos e fundamentos do caso julgado (seja precedente ou não) e compará-lo com as nuances fáticas e jurídicas do caso presente, respeitando-

se a integridade e a coerência do ordenamento jurídico como um todo.

Já seria de se esperar que, nesta quadra da história, não nos deparássemos com manifestações discricionárias dos julgadores. Com efeito, não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Os intérpretes do direito, dentro os quais se inserem os julgadores – é bom que se diga! – devem respeitar os limites hermenêuticos do texto, buscando respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional.

A hermenêutica filosófica propõe solução para cada uma destas conclusões, como demonstramos no decorrer do presente estudo.

7. Notas de Referência

- ¹ “É bem de recordar, aqui (e principalmente no que concerne às execuções fundadas em título judicial, mas não só nelas), a influência do conceito de tutela específica dessas modalidades de obrigação, tema que mereceu do legislador a norma contida no art. 461 do CPC” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. II. 17. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 230).
- ² A multa não é o único mecanismo apto a induzir o cumprimento da obrigação pelo devedor. O § 5º do artigo 461 também faz menção à “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.
- ³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. II. 17. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 231.
- ⁴ “(...) em geral, para a prática de atos personalíssimos da parte, esta é a via adequada [intimação pessoal], dirigida, então, diretamente à parte, e não a seu advogado” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. vol. 2. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114); “(...) é necessário distinguir os atos processuais que exigem capacidade

postulatória dos atos materiais de cumprimento da obrigação. (...) para a prática de atos pessoais da parte, atos subjetivos que dependem de sua participação e que dizem respeito ao cumprimento da obrigação que é objeto do litígio, a parte deve ser intimada pessoalmente” (MEDI-NA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei nº 11.232/05. In: *Revista Prática Jurídica*, vol. 51, 2006, p. 55). “(...) dos atos processuais subjetivos materiais a parte é intimada pessoalmente porque é ela quem tem que cumprir a determinação judicial ou participar do ato (...)” (MELLO, Milton Martins. Cumprimento da sentença: necessidade de intimação pessoal do réu. In: *Revista de Processo*, vol. 155. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 229). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 129.

- 5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. vol. 2. Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 114-115.
- 6 AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o novo Código de Processo Civil*. In: *Revista de Processo* 182. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.
- 7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. vol. 46. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 31.
- 8 “Deveras, as conseqüências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação da mesma, tornando imperiosa a necessidade de intimação pessoal” (REsp. 692.386-PB, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/10/2005, DJe 24/10/2005).
- 9 Foram os seguintes julgados que motivaram a edição do verbete nº 410 da Súmula de Jurisprudência dominante do STJ: AgRg no Ag 1046050-RS; AgRg nos EDcl no REsp 1067903-RS; AgRg no REsp 993209-SE; REsp 629346-DF; e AgRg no Ag 774196-RJ.
- 10 Embargos de Divergência em Agravo nº 857.758-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, Julgado em 23 de fevereiro de 2011, publicado no DJe em 25 de agosto de 2011.

- ¹¹ Dispõe a ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE”.
- ¹² “Em que pese o fato de receberem tratamento legal diferenciado, não há distinção ontológica entre o ato de fazer ou de pagar, isto é, o pagar também implica um fazer, ambos dependendo da iniciativa pessoal da parte. (...) Portanto, sendo as obrigações iguais na sua essência, não há porque o devedor ser delas intimado de modo diferente, sobretudo na hipótese em que, com base no art. 461, § 4º, do CPC, o Juiz impõe multa para o descumprimento da obrigação de fazer, circunstância que ocorre automaticamente nas obrigações de pagar quantia certa, nos termos do art. 475-J do CPC”.
- ¹³ Recurso Especial nº 1.349.790-RJ; rel. Min. Isabel Gallotti; Segunda Seção; Julgado em 25 de setembro de 2013, publicado no DJe em 27 de fevereiro de 2014.
- ¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 33.
- ¹⁵ COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. *Comparative Constitutional Law: England and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 14.
- ¹⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutierrez. *Precedente Judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Forense, 2010, p. 6.
- ¹⁷ Cumpre registrar que o modelo de Federação Norte Americano é distinto do modelo que vige em nosso país. Nos Estados Unidos da América as Cortes estaduais e federais possuem atribuições e competências diversas, julgando, respectivamente, as questões afetas às leis estaduais e aquelas afetas às leis federais, salvo se não tiver sido atribuído competência exclusiva pela Constituição, caso em que a competência também será da Justiça Estadual. A existência das cortes federais justifica-se, não para reexaminar decisões das cortes estaduais que podem conter erros, mas para garantir que as cortes estaduais não aplicarão suas leis parcial-

mente em favor de seus cidadãos e em detrimento de cidadãos vindos de outros Estados. Importante ressaltar que, entre eles, as leis federais são tidas como hierarquicamente superior às leis estaduais, o que se chama de *pre-emption*. A competência dos Tribunais Estaduais é adstrita aos seus limites territoriais e a dos Tribunais Federais aos limites da região federal (*federal circuits*).

¹⁸ CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Vinculantes, in: *Revista de Processo*, vol. 215. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220-221.

¹⁹ “(...) GRAY explica que, como na Inglaterra, nos Estados Unidos as cortes inferiores estão vinculadas às decisões das cortes superiores. Não obstante, cita os casos de *Bridge v. Johnson*, *People v. Mayor of new York* e *Etting v. Bank of Unites States* em que se afirmou que, mesmo em concluindo um determinado tema, quando uma corte estiver igualmente dividida, esta decisão não gerará precedente. MARSHALL, *Chief Justice* da Suprema Corte à época do caso *Etting*, lecionou: ‘*In the very elaborate arguments which have been made at the bar, several cases have been cited which have been attentively considered. No attempt will be made to analyze them, or to decide on their application to the case before us, because the judges are divided respecting it. Consequently, the principles of law which have been argued cannot be settled; but the judgment is affirmed, the court being divided in opinion upon it*’” (CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Os precedentes judiciais como fonte do Direito: a lição do direito anglo-saxão*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5903. Acessado em 24.12.2013).

²⁰ O sistema atualmente adotado no Brasil, que apenas considera a coincidência do dispositivo para a formação do julgado, é prejudicial à formação e manutenção do sistema de precedentes vinculantes.

²¹ Fala-se em *holding* ou *ratio decidendi* para referir-se às razões fundamentais. De outra banda, as razões periféricas, a que se chega por exclusão, são chamadas de *dicta*, ou *obter dictum*.

²² COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. *Comparative Constitutional Law: England and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 24.

- ²³ COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. *Comparative Constitutional Law: England and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 24.
- ²⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 118.
- ²⁵ “Veja-se que, no Brasil, há décadas convivemos com um conjunto de leis e dispositivos legais que institucionaliza(ra)m o sistema de precedentes vinculativos. Ou seja, em 1990 foi aprovada lei que determinava o arquivamento de recursos aos Tribunais Superiores (STF e STJ) que contrariassem súmulas. Pensou-se que ali estava a solução para conter a multiplicidade de demandas. Mais tarde, essa fórmula foi estendida para as demais instâncias judiciais, a partir da possibilidade de o relator negar seguimento a qualquer tipo de recurso que for contrário à súmula ou ‘jurisprudência dominante’ (sic). Não se pode ignorar que, de há muito, a justiça vem funcionando a partir de julgamentos monocráticos (o relator ‘julga’ a controvérsia, além de negar seguimento a recurso) (...) E veio uma nova Lei, permitindo, agora, que também os juízes possam ‘encerrar’ e ‘impedir’ a formação de demandas (art. 285-A e § único do CPC, introduzido pela Lei 11.277/06). Resumo do estado da arte: a vinculação, que iniciara com a obstaculização dos recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça e que, cinco anos depois, passará aos Tribunais inferiores, chega, finalmente, aos juízes de primeiro grau” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328).
- ²⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 119.
- ²⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 119.
- ²⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 123.

- ²⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 127.
- ³⁰ CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Vinculantes, in: *Revista de Processo*, vol. 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.
- ³¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 119.
- ³² Outro exemplo de utilização equivocada do modelo de precedentes refere-se ao Enunciado n.º 309 da Súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Quando do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 53.068 a relatora, Min. Nancy Andrighi, analisou todos os dez julgados utilizados para a formação da referida súmula, e concluiu que ela não refletia o entendimento dominante destes precedentes, tendo em conta que apenas três deles refletiam aquilo que constava da redação da sumula apontada. Após constatar esta irregularidade, a Ministra solicitou a alteração do texto do anunciado, tendo sido aceito.
- ³³ Outro exemplo de má formação dos precedentes pode ser extraído do julgamento do recurso especial n.º 422.778, perante a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Castro Filho, Relator para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 27/08/2007. Trata-se de mais um julgado em que a ementa do acórdão expressou a posição pessoal da ministra relatora, novamente a Ministra Nancy Andrighi, tendo o tribunal seguido a relatora e formado maioria apenas quanto ao julgamento – parte dispositiva – do acórdão, mas divergindo expressamente dos fundamentos elencados na ementa, cuja ementa foi a seguinte: “Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o

nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ; Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”; Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória; Recurso especial não conhecido”. Neste caso, a decisão se deu por maioria e aparecem como votos vencedores a Ministra Nancy Andrighi, o Ministro Ari Pargendler e o Ministro Menezes Direito. Como votos vencidos, por sua vez, constam os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros. No entanto, os Ministros Ari Pargendler e Menezes Direito acompanharam a Relatora apenas quanto ao não recebimento do recurso e manifestaram-se, expressamente, contrários à tese de que a inversão do ônus da prova seja regra de julgamento, mas a consideravam regra de procedimento, assim como os ministros que restaram vencido. Neste ponto, então, a questão recebeu quatro votos a favor de ser a inversão do ônus probatório uma regra de procedimento e apenas o voto na ministra relatora entendendo como regra de julgamento. Não obstante, foi este último entendimento que se viu consignado na ementa do julgado. Este caso é ainda mais emblemático por ter sido reformado em sede de Embargos de Divergência contra ele manejado, cuja ementa é a seguinte: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. (...) Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. (...) Embargos de divergência a que se dá provimento” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Emb. Div. REsp. 422.778, 2ª Seção, Rel. p/ ac. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 29.12.2012)”.

- ³⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 120.
- ³⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 138.
- ³⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. In: *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abr./jun., 2013, p. 123.
- ³⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 52-53.
- ³⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 12.
- ³⁹ Especial destaque deve ser conferido a Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bem como às noções de pré-compreensão, *Dasein*, círculo hermenêutico e diferença ontológica. Sobre a importância destes filósofos e a explicação destes conceitos, consulte-se: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- ⁴⁰ Este espaço não comporta a definição e enquadramento das características das diversas fases do positivismo jurídico ao longo da história. Não obstante isso, a seguinte passagem auxilia a compreensão desta temática: “Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo:

Saraiva, 2011, p. 8) Sobre a complexidade e as características das facetas do positivismo, consulte-se a obra mencionada.

- ⁴¹ “Na hermenêutica, a faticidade é o espaço em que se dará o sentido” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300).
- ⁴² “(...) apostamos em verbetes e ementários, nos esquecendo do aspecto qualitativo da decisão. Por consequência, fortalecemos a prática inautêntica decisória – aquela que se limita a reproduzir verbetes e ementas, sem atentar para especificidade do caso concreto” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 111).
- ⁴³ Por vezes, este senso comum teórico provoca a usucapião antiespistêmica, expressão cunhada pelo professor Lenio Streck para designar “a sedimentação de algo errado e que passa a fazer parte do patrimônio do utente (e da comunidade jurídica)” (STRECK, Lenio Luiz. *Um sintoma do atraso de nosso direito: acreditar que basta estar na lei*. Coluna Senso Incomum do site ConJur. Publicado em 17/07/2014. Disponível na Internet em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>. Acessado em 17/07/2014).
- ⁴⁴ Texto e norma não são a mesma coisa, não se equivalem. A norma deve ser entendida como o resultado da interpretação de um texto, seja ele legal ou jurisprudencial/precedente. É, como nos ensina Lenio Streck, o sentido de ser do ente (texto). Neste sentido: “(...) o pensamento jurídico dominante incorre no equívoco de equiparar texto e norma. Tal distinção, contudo, é importante para demonstrar que a súmula não é a norma em si, ou seja, ela também pode ser interpretada por mais objetiva que seja. Até mesmo porque: não há clareza que dispense interpretação” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 62).
- ⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 17.

- ⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 572.
- ⁴⁷ “Do mesmo modo como não podemos dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa no cotidiano – porque isso nos afastaria da ‘vinculação linguística’ que o modo prático de ser no mundo traz – também na aplicação do direito não podemos decidir sobre o modo como ‘nos aprofervemos’. No direito, igualmente não podemos ‘trocar o nome das coisas’. Aliás, direito é *nomos*. Lei é *Gesetz* (deixar assentado). Interpretação é aplicação; é assentar sentidos. Os sentidos não são aleatórios. Não há grau zero. Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. Tanto no cotidiano como no direito. Assim, de cada decisão extrai-se um princípio (subjacente a cada decisão) e que é aplicável aos casos seguintes. Ele os norteará. Podemos chamar a esse norteamto de ‘vinculação interpretativa’, que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito. Desse modo, se é súmula ou lei, tanto faz. Trata-se de um texto que somente existe interpretativamente. Não há textos sem normas, e a norma exsurge da facticidade. Isso se chama *applicatio*. Em cada interpretação, sendo súmula ou lei (ou precedente, para contentar os aficionados pela tese da *commonlização*), deve haver sempre a reconstrução do caso, o que implica reconstruir interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo sob comento” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 112-113).
- ⁴⁸ “(...) o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 25).
- ⁴⁹ “É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo ‘decido conforme minha consciência’ – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que antes delinee. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibnitz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de mundo como vontade e representação. Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo ‘é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deva estar

fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles'. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um Eu que comanda o Mundo, ou seja, o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é" (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 60-61).

⁵⁰ "Decisão jurídica não é escolha. Há uma responsabilidade política nas decisões. E isso é uma aposta na autonomia do direito. Que não pode ser 'corrigido' pelo subjetivismo judicial. Tampouco a valoração fática pode ser feita de forma solipsista. Por isso, a decisão não pode ser produto de 'escolhas pessoais'" (*O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas*. Coluna Senso Incomum do site ConJur. Disponível na Internet em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito?imprimir=1>. Acessado em 23/07/2014).

⁵¹ "Se é despidiendo dizer que o sistema jurídico brasileiro não está sustentado em análise de precedentes, como a *common law*, é necessário lembrar, entretanto, que tal circunstância não retira a importância dos precedentes jurisprudenciais. Ao contrário: uma aplicação integrativa e coerente do direito deve, necessariamente, levar em conta o modo pelo qual um determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade, que, no mais das vezes, é variante da discricionariedade" (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 319-320).

⁵² Até mesmo porque: "Já tivemos a oportunidade de demonstrar com base em dados fornecidos pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e de Portugal de que o aumento do efeito vinculante em decisões dos Tribunais Superiores não tem o condão de assegurar isoladamente a redução de processos. Isso porque o efeito vinculante, enquanto medida isolada, não é capaz de alterar todo o sistema judicial brasileiro

(...)” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 13).

- ⁵³ “(...) não se garante tratamento igualitário, simplesmente, com decisões linearmente iguais. (...) o que garante a igualdade de tratamento, que é uma virtude, é a coerência de princípios. (...) não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes das perguntas, e as perguntas são propostas pelo caso. Pronto! E os casos são irritantemente diferentes” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 16).
- ⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 36-37. Ver também, na mesma obra, as considerações constantes da página 66.
- ⁵⁵ “(...) as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos metafisicamente, isto é, através delas, acredita-se que é possível lidar com conceitos sem as coisas, sem as peculiaridades dos casos concretos (...). As súmulas constituem uma espécie de ‘adiantamento de sentido’, uma ‘tutela antecipatória de palavras’” (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 141-142).
- ⁵⁶ “(...) É desse modo que se constrói o direito. Sem exatidões, mas com respostas adequadas, fulcradas na reconstrução da cadeia de julgamentos anteriores e a opinião da doutrina acerca daquela espécie de casos” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 65).
- ⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 46.
- ⁵⁸ O verbete sumular não pode ser aplicado mecanicamente, como se dele “irradiasse uma ‘certeza-significativa-fundante’, tornando a tarefa interpretativa do jurista um ‘simples’ caso de *adequatio* do fato ao direito (que, no caso da súmula, estará pré-definido). Para atingir esse deside-

rato, a dogmática jurídica procura critérios absolutos, cuja função é pré-normatizar o (sentido do) texto, suprimindo-lhe a história e o tempo. Consequentemente, sequestra-se a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato hermenêutico-aplicativo” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204).

- ⁵⁹ A esse respeito: “(...) Passamos a discutir teses jurídicas. Esquecemos as causas e as coisas (*die sache*). Ensinamos aos alunos que ‘direito é uma questão de caso concreto’. Será que é, mesmo? Ora, os verbetes sumulares, os verbetes jurisprudenciais – e agora já há ‘verbetes doutrinários’ – só servem para standardizar mais ainda o Direito” (STRECK, Lenio Luiz. *O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas*. Coluna Senso Incomum do site ConJur. Disponível na Internet em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito?imprimir=1>. Acessado em 23/07/2014).
- ⁶⁰ “(...) com uma teoria da decisão, deveríamos ter a previsibilidade acerca do que será decidido. Afinal, o direito compõe-se de uma estrutura discursiva, composta de doutrina e jurisprudência, a partir da qual é possível sempre fazer uma reconstrução da história institucional, extraindo daí aquilo que chamo de DNA do direito (e do caso)” (STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*. 1. vol. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111).
- ⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186-187.
- ⁶² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 64.
- ⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 75.
- ⁶⁴ “O precedente, assim, terá dois níveis de análise: em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural

entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem ‘obediência hermenêutica’” (STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 45).

- ⁶⁵ A esse respeito, registre-se a advertência formulada por Lenio Streck: “(...) não há uma teoria processual abrangente a guiar essa almejada uniformização. Há pouca doutrina, no campo do Direito Processual, com essa pretensão. A maior parte dela limita-se a comentar (e, quando muito, a explicitar o conteúdo de) decisões tribunais. Sim, a doutrina é caudatária das decisões. E os tribunais, por sua vez, sem uma doutrina séria a constrangê-los, ficam cada vez mais livres para agir de forma discricionária. É um estado de natureza hermenêutico! E é, efetivamente, um círculo vicioso” (*O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas*. Coluna Senso Incomum do site ConJur. Disponível na Internet em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito?imprimir=1>. Acessado em 23/07/2014).
- ⁶⁶ Importante destacar que, pela doutrina dos precedentes, as decisões judiciais alçam à categoria de fonte imediata do Direito, vinculando a própria Corte e as Cortes a ela inferiores.
- ⁶⁷ Neste ponto, remete-se o leitor às hipóteses de inconstitucionalidade ventiladas por Lenio Streck e,; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 605-606.
- ⁶⁸ Como se vê dos seguintes institutos jurídicos: Súmula vinculante, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos, recursos especial e extraordinário repetitivos.

