

O Juiz Criativo e o Precedente Vinculante – Realidades Compatíveis

Teresa Arruda Alvim

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Membro Honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law, do Instituto Panamericano de Derecho Processual, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPP e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.

SUMÁRIO: 1) O homenageado - 2) O aparente paradoxo - 3) Então, o juiz cria direito? - 4) Quando o juiz pode ser *criativo*? - 5) O que torna os casos iguais? - Casos difíceis e casos rotineiros - 6) Como uniformizar a jurisprudência em casos que não são absolutamente iguais - 7) Como compatibilizar: liberdade para decidir com necessidade de respeito a precedentes?

1) O HOMENAGEADO

Barbosa Moreira foi motivo de orgulho para a classe jurídica brasileira. Muito mais do que um processualista, que se desincumbia, com lingua-

gem precisa e elegância literária da mais alta qualidade, de tratar com profundidade de temas dogmáticos, era um pensador do processo e do direito.

Admirado e querido por todos, reverenciado no Brasil e no exterior, deixou uma lacuna que jamais será preenchida.

Com orgulho, participo desta homenagem que lhe está sendo prestada, com um texto não dogmático, que versa sobre preocupação que também foi sua.

2) O APARENTE PARADOXO

Quanto mais flexíveis são os parâmetros que orientam as decisões do juiz, maior é a relevância de que se respeitem as decisões dos Tribunais Superiores.

Já observei, em vários textos escritos anteriormente¹, que hoje as leis, em geral, estão repletas de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais, e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas.

Portanto, a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

Hoje se considera que o Direito não é um sistema impecável e irreprensivelmente lógico. Fala-se muito mais em *racionalidade* do que em *lógica*.

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se parâmetros de decisões ditos *fuzzy* ou “nublados” nos textos de direito posto, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real. São os conceitos vagos e as cláusulas gerais de que falamos antes. Assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica, de que os princípios jurídicos integrem, de forma cada vez mais significativa, os raciocínios de direito.

Há tempos venho sustentando estes parâmetros mais nublados ou, usando uma linguagem mais próxima ao dia a dia do operador do direito, conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos são *poros* que permitem à *realidade penetrar no direito*.

¹ Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” no Código Civil de 2002 – a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 831, p. 59, jan./2005, também publicado na coletânea *Doctrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 3, p. 949, jun./2011.

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo e em certa medida, vagos! Até quando diz que a palavra *mãe*, que consta do texto legal, abrange (ou não) a *mãe adotiva*. O juiz decide *x* ou *y* com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade humana. E delimita situações, no mundo empírico, em que não teria sido cumprida a *função social de um contrato*.

Justamente por isso é que, por que deve ser respeitada a *igualdade de todos perante o direito*, decisões de Tribunais Superiores devem ser respeitadas. Assim, se, de fato, esses “poros” que tem o direito permitem que o juiz exerça certa dose de liberdade para decidir um caso concreto, essa liberdade *cessa* quando os Tribunais Superiores firmam entendimento a respeito de como deva ser a decisão naquele caso: qual é a tese jurídica a ser adotada para resolver aquela específica questão.

Paradoxalmente, no entanto, justamente nesses campos em que a lei está repleta de parâmetros flexíveis e em que os princípios jurídicos são mais relevantes é que às vezes se chama de *ativismo judicial* a liberdade que tem o juiz para decidir.

É “tapar o sol com a peneira” dizer que o juiz não tem “liberdade” para decidir se, por exemplo, em certo caso concreto, teria ou não sido desrespeitada a função social que deve ter o contrato. Mas é relevante observar-se que essa liberdade não é DO JUIZ: é do *Judiciário*. Aí se compreende a importância da jurisprudência *uniforme*: o Judiciário interpreta a lei e essa interpretação há de valer *para todos*. Porque o *direito há de ser o mesmo para todos*.

É verdade que a expressão *ativismo* tem uma série de sentidos, por isso convém esclarecer em qual deles a estamos empregando. Usamos a expressão para significar que o juiz, em certas circunstâncias, exerce certa dose de criatividade quando *completa* o sentido da norma. De fato, essa expressão nasceu para designar uma das formas de interpretação/compreensão da Constituição americana, que é curta, sintética, plena de conceitos vagos, de dispositivos marcadamente abstratos e necessita de *concretização* por parte do intérprete.

Já tratei em texto anterior² do conceito de ambiente decisional para referir-me à área do direito – com seus princípios e regras – de que o juiz deve extrair sua decisão.

² Teresa Arruda Alvim Wambier. Precedentes e evolução do direito. In Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.) *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 11-95.

Parece-me que é justamente nos *ambientes decisoriais* que chamei de *frouxos* que o juiz, predominantemente, exerce liberdade criativa, à luz do *ethos* dominante (sem que se ignorem as dificuldades que tem de enfrentar), a ponto de poder gerar até mesmo a *alteração do direito*.

Uma vez alterado o direito, revela-se evidente a necessidade de que esses novos *precedentes* sejam respeitados, pois que são “o novo direito”.

3) ENTÃO O JUIZ CRIA DIREITO?

Sim, a resposta é positiva.

Mas o juiz não pode criar direito *do nada*, da sua própria cabeça, seguindo suas convicções e crenças pessoais. Afinal, vivemos num Estado Democrático de Direito, e o juiz deve decidir de acordo com a lei, interpretada pela jurisprudência, à luz da doutrina. O direito é um tripé: lei + doutrina + jurisprudência.

Mas há áreas do direito em que o juiz cria mais do que em outras.

A doutrina brasileira e os pensadores do direito, aqui, de modo geral, não atribuem grande relevância à necessidade de se estabelecerem *critérios* para se saber em que circunstâncias a *evolução* ou a *adaptação* do direito – alteração do entendimento de conceitos e teorias jurídicas, que ocorrem com o passar do tempo – deva ocorrer no plano do direito positivo, ou seja, por obra do Poder Legislativo, ou por obra do juiz.

Este tema é delicado e se tem revelado extremamente resistente ao tratamento sistemático.

Isso, porém, não pode ser um pretexto para que não seja enfrentado, ainda que as conclusões não sejam tão claras e límpidas e tampouco inteiramente seguras e confortáveis.

Mencionei há pouco um conceito relevante para orientar essa distinção: o *ambiente decisional*. O ambiente decisional é a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o *conflito*, submetido ao juiz, deve ser resolvido.

Oportuna a observação de Norman Marsh. Ele diz que: “Há situações em que a natureza cambiante da matéria e as questões sociais delicadas que esta envolve tornam desejável que se deixe à discricão³ do juiz a decisão, conseguindo-se obter *flexibilidade* à custa do *sacrifício da certeza*. Há, todavia, outros casos, em que a *certeza* que pode ser assegurada pelo julgamento

³ *Discretion*, em inglês, não tem o mesmo sentido técnico que tem em português. Remete à liberdade que o juiz tem, em certos casos, para decidir.

de um homem razoável, baseado em estáveis princípios jurídicos, é *mais relevante* que a possibilidade de ser obter *flexibilidade*”.⁴

Há, portanto, setores do direito em que é desejável abrir-se mão da *flexibilidade*, a favor da *segurança*, da *previsibilidade*, e outros, em que delicadas questões sociais estão envolvidas, em que é conveniente dar-se ao juiz certa margem de flexibilidade para decidir, às vezes até em detrimento dos valores segurança e previsibilidade. São essas as áreas em que o juiz pode ser mais *criativo*.

A questão que se põe é a seguinte: que áreas são essas? Quais são os critérios para distinção?

4) QUANDO O JUIZ PODE SER *CRIATIVO*?

Os critérios de distinção são, a meu ver, os *princípios basilares* de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o ambiente em que a decisão será tomada.

Esse *ambiente decisional* é que fornecerá elementos para que se saiba: se o juiz pode levar em conta peculiaridades do caso concreto ao decidir, nuances da situação, o que lhe dá certa margem de liberdade; e se o juiz pode, legitimamente levar em conta, na sua decisão, alterações sociais que o autorizam a divergir **suavemente – nunca bruscamente** – do que até então estava estabelecido.

Nesses campos mais *frouxos* é que, segundo me parece, à jurisprudência pode caber, sim, (também) o passo, talvez o primeiro passo, na evolução do direito: *transformação das regras de direito material*.

Talvez o melhor dos exemplos que tenha ocorrido no direito brasileiro seja o tratamento jurídico que se deu à *concubina*, hoje *companheira*.

Houve épocas em que, finda a união, recebia um salário mínimo por mês, pelo tempo em que tinha durado a convivência, sendo, portanto, equiparada a alguém que prestava serviços sexuais, só podendo reclamar um reconhecimento de sociedade de fato se existisse entre o casal, uma sociedade comercial⁵, ainda que não devidamente constituída.⁶ Em seguida, passou-se

4 No original: *There are situations where the changing nature of the subject matter and the delicate social issues involved make it desirable to leave the decision to the judge's discretion, flexibility being purchased at the price of some uncertainty. There are other cases where the relative certainty, which can be secured by relating the judgment of the reasonable man (...), acting on fixed principles of law, is more important than the loss of some flexibility in the law* (grifos nossos). Norman S. Marsh, *Principle and Discretion in the Judicial Process*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 68, p. 236.

5 STF, AI 12.991, Mato Grosso, Min. Lafayette de Almeida, j. 21.08.1947.

6 STF, RE 9885/SP, rel. Min. Orozimbo Nonato j. 16.04.1948.

a considerar que havia sociedade de fato entre concubinos, no concubinato puro, desde que comprovado o esforço comum.⁷ Aliás, esse entendimento resultou na promulgação da Súmula 380, em 1964, mesmo que o companheiro fosse casado.⁸ Até que a Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da *união estável*, havendo, subsequentemente, leis disciplinando a matéria. Na verdade, fez a lei o que os juízes já vinham fazendo: de acordo com a mudança dos costumes, a companheira já vinha sendo tratada segundo padrões decorrentes do direito fundamental à dignidade humana.

Evidentemente, nada disso poderia ou deveria ter ocorrido no direito tributário, um ambiente decisional rígido. Os tributos precisam estar previstos em lei e, via de regra, passam a ser cobrados no exercício seguinte, em razão do princípio da anterioridade. Veja-se a relevância do princípio da previsibilidade, insculpido nestas regras (arts. 150, I e III, b da CF).

De fato, questões tributárias não devem ser objeto de alteração pela via jurisprudencial. Não proporcionam margem de liberdade para que o juiz capte nuances dos casos concretos e reclamam uniformização pela vinculação *por identidade absoluta*.⁹

É relevante que se afirme, todavia, que, embora em certos ambientes decisoriais *frouxos* ou *flácidos*, como o direito de família, a uniformização seja tarefa mais delicada, *ela é, obviamente, também necessária*.

Mas, uma vez “fixada” a nova tese pela jurisprudência, *não há mais liberdade*: todas ou todos os concubinos deveriam ter a sua situação de direito material resolvida à luz da nova orientação.

Os princípios basilares que orientam o *ambiente decisional* também influem de modo determinante nas *técnicas* usadas na redação das regras positivadas são concebidas. Se o princípio que informa a interpretação do direito, naquele dado ambiente, é o da legalidade estrita, dificilmente haverá normas contendo cláusulas gerais ou pluralidade de dispositivos usando conceitos excessivamente vagos. São, via de regra, realidades que não andam juntas.

Os princípios basilares dos diversos ambientes decisoriais podem recomendar o uso de expressões com textura aberta, e isto, é claro, deve influir no espaço de *liberdade* que tem o juiz para tomar a decisão. É uma técnica

7 STJ, Resp 1.648/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.03.1990, DJ 16.04.1990; STJ, REsp 45.886/SP, Quarta Turma, rel. Min. Antonio Torreeão Braz, j. 25.04.1994, DJ 23.05.1994; STJ, REsp 11.660/SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 01.03.1994, DJ 28.03.1994; STJ, REsp 38.657/SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.03.1994, DJ 25.04.1994.

8 STJ, REsp 6.080/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. 03.12.1991, DJ 17.02.1992.

9 Ver, infra, n.º 4.

que *oxigena* o direito, permitindo que nele penetrem elementos da realidade externa: sociais, éticos e até científicos.

A alteração da jurisprudência em casos assim, nos ambientes decisoriais *frouxos*, é extremamente benéfica. Deve ser, não simples *alteração* do direito, mas *evolução* do direito. É o direito se transmutando, para atender, de forma mais visível, o princípio da dignidade humana.

Situação extremamente diversa é a que ocorre quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da “mudança de opinião” dos juízes. Essa alteração, *via de regra, é brusca*, não significa, em sentido algum, *evolução* do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização. Essa alteração de compreensão do direito decorrente de “fatores pessoais” é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (*e razão de ser*) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário.

Essas mudanças ocorrem, não raramente, ou quase que exclusivamente, em ambientes decisoriais cujos princípios não o permitem, como, por exemplo, o direito tributário. Várias interpretações equivalem a várias normas – onde ficam a isonomia e a previsibilidade?

5) O QUE TORNA OS CASOS IGUAIS? – CASOS DIFÍCEIS E CASOS ROTINEIROS

Ninguém põe em dúvida que “o direito deva dar a cada um o que é seu”. Assim como não há opositores à ideia de que *like cases should be treated alike*.¹⁰ As ideias formuladas nesse extremo grau ou nível de abstração não suscitam discordâncias, já que, praticamente, nada significam.¹¹

As questões realmente difíceis consistem em saber *o que é de cada um* e *o que torna os casos iguais*, de molde a levar a que devam ser tratados (= solucionados) da mesma forma.

Há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a *identidade integral* das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

¹⁰ Casos iguais devem ser tratados do mesmo modo.

¹¹ Frederick Schauer. *Precedent*, in *Stanford Law Review*, vol. 39, Fev. 1987, p. 571-596.

É, por exemplo, o método pelo qual se agruparam os casos em que consumidores discutiam ser ou não legal a cobrança da assinatura básica, por parte das Companhias Telefônicas para julgamento de acordo com o regime dos arts. 1.036 e ss do CPC. Fatos como, por exemplo, a idade ou a profissão dos consumidores autores das ações não eram idênticos. Isto é, todavia, absolutamente irrelevante para efeitos de traçar os contornos da hipótese de incidência do direito: para se saber se a assinatura básica era (ou não) devida, pouco importam idade e profissão dos assinantes.¹²

Entretanto, há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais refinadas, em que o que há de comum nos casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas *fortemente significativo*, em torno dos quais podem estar *atos completamente diferentes*. Dando um exemplo extremo, poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e de cinquenta mil reais por um dedo decepado.

O direito contemporâneo abriu-se para a sociedade, de modo a englobá-la e a sua complexidade. Os *hard cases*¹³ se multiplicam. Como observamos antes, os ordenamentos jurídicos se aparelham com regras flexíveis, que contêm conceitos vagos, cláusulas gerais, e os princípios jurídicos estão cada vez mais presentes nos raciocínios jurídicos.

Esses parâmetros mais nublados, é evidente, comprometem a previsibilidade, e podem chegar a inviabilizar a forma sistemática do direito, ideia tão cara à forma de se ver o direito nos países de *civil law*. A não ser que haja obediência aos precedentes.

O único modo de uniformizar a jurisprudência em casos mais complexos, que ocorrem nos ambientes decisórios ditos antes “frouxos”, não possíveis de serem tratados de forma coletiva, por não serem *idênticos*, é adotarem-se métodos mais refinados de interpretação das decisões, de modo a extrair-lhes o *core*, como fazem os povos de *common law*.

6) COMO UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA EM CASOS QUE NÃO SÃO ABSOLUTAMENTE IGUAIS

A ideia de que a vinculação a precedentes pode-se fazer usando o método da *identidade essencial* (e não da *identidade absoluta*), poderia ser

¹² Reclamação 4.982/SP, Primeira Seção, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 27.04.2011, DJe 04.05.2011.

¹³ Um *hard case* é um caso que deve ser resolvido à luz de regras e/ou princípios típicos de *ambientes decisórios frouxos* cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser “criada” pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico. *Hard cases* podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental.

bem ilustrada com dois casos. Um, em que um paciente do Serviço Único de Saúde pleiteia, diante do Judiciário, preferência na “fila” para transplante de órgãos, em virtude da gravidade de seu caso e outro em que o paciente pleiteia liberação da verba para um remédio caro que não consta da lista dos fornecidos pelo Estado.

A essência dos problemas mencionados é saber se o Judiciário se pode imiscuir a este ponto na atividade do executivo, correndo o risco de resolver um problema e criar outros: salva a vida daquele que pleiteou em juízo ser o primeiro da fila e causa a morte do primeiro que foi preterido; custeia o remédio não oferecido e, para isso, usa verba dos remédios comuns para gripe, que beneficiam toda a população¹⁴.

O segundo caso é o em que se nega indenização a uma parte de uma gleba de terra que está sendo desapropriada, em que o proprietário plantava psicotrópicos, pois, naquela medida, a propriedade não cumpria sua função social. Se assim se decidiu, futuramente um caso em que o proprietário mantinha pessoas em regime de trabalho escravo em gleba desapropriada deve ser resolvido da mesma maneira.

Esses casos são, evidentemente, *iguais*, no que tange ao seu *core*, à sua essência jurídica.

Saber *quando* os casos são iguais, ou determinar *quais critérios* devem fazer com que devamos considerar iguais certos casos, é um problema que se põe de forma aguda justamente quando se pensa na vinculação por *identidade essencial*. Como disse antes, esta é a forma de vinculação que deve haver em alguns casos, como, por exemplo, quando os tribunais decidem casos envolvendo padrões flexíveis de decidibilidade, como conceitos vagos, princípios jurídicos ou cláusulas gerais, em ambientes decisórios frouxos.

Trata-se de uma forma de vinculação que se aproxima consideravelmente à que se faz nos países de *common law*, quando se interpreta um precedente. Nesses países, como é sabido, o juiz *faz a lei, cria a regra*. Ora, é inescandível que quando o juiz brasileiro aplica a um caso concreto a norma que contém, por exemplo, a previsão da *função social da propriedade*, esse juiz também estará, numa certa medida *criando* direito, ao “preencher” a norma já existente com peculiaridades da situação fática subjacente à decisão.

14 Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de nos manifestar em trabalho escrito em co-autoria com Luiz Rodrigues Wambier. *Direito processual civil*. São Paulo: RT, 2013. – (Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário; v.1), n. 19, p. 303 e ss; v., ainda Teresa Arruda Alvim Wambier. Políticas Públicas e a ingerência do Judiciário. *ReDAC*, ano 2, vol. 11, ago./2014, 133-146; e A uniformidade da jurisprudência como garantia do respeito à isonomia em matéria de políticas públicas. *Revista da Academia Paraense de Letras Jurídicas*. Curitiba: Juruá, n. 3, 2014, p. 143-154.

Por isso, a necessidade de que, para se preservar a igualdade, também nesses casos haja uniformização.

Mas, de fato, é um processo refinado o que leva a que se estabeleça qual a *essência* dos casos, possibilitando que sejam postos lado a lado e decidindo da mesma forma, quando os fatos não são iguais.

Quanto mais aparelhado for um sistema para reconhecer a identidade essencial entre casos, cujos fatos não sejam absolutamente idênticos, mais harmônico será o sistema e mais previsibilidade se conseguirá criar.

Para ilustrar a dificuldade de se fixarem os fatos que seriam realmente relevantes para um precedente, num caso extraído do *common law*, é oportuno o exemplo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 532. Os fatos subjacentes a essa decisão eram os seguintes: uma viúva estava com uma amiga em um café, e esta amiga lhe comprou um *iced drink*, que lhe foi entregue pelo proprietário. Este colocou o sorvete em um copo e derramou, sobre o sorvete, o conteúdo de uma garrafa opaca de *ginger beer*. Um pouco depois disso, essa viúva despejou sobre o sorvete o que sobrava da garrafa e então viu que lá havia restos de uma cobra em decomposição. Ela levou um choque e, em seguida, teve gastroenterite. Em virtude disso, processou a *Stevenson & CO*. Argumentou-se que não havia contrato entre eles e a tal viúva (*Mrs. Donoghue*) e que eles não seriam responsáveis em relação a ela, por nenhum defeito do produto. Entretanto, a *House of Lords* considerou que a empresa deveria, sim, responder, porque teria um *duty to take a reasonable care* na preparação e no engarrafamento da bebida.¹⁵

Qual é a essência desse caso: um fabricante de bens tem o *dever* de tomar precauções para não causar danos (= *duty of care*) em relação ao consumidor último. Então, veja-se, o fato de se tratar da fabricação de bebidas, o de se tratar de garrafas opacas, de a bebida ter sido consumida em um café, todos foram desconsiderados como fatos essenciais integrantes da decisão. Ou seja, houvessem sido outros, teria sido a mesma decisão.

O quão relevante teria sido, pode-se perguntar, que alguém tivesse tido a oportunidade de inspecionar e checar a segurança para o uso, do artigo em questão? E seria relevante o fato de se tratar de um concerto e não de defeito de fabricação? Muitas dessas questões foram levantadas em

¹⁵ “Os ingleses preferem lidar com a noção de *duty* a lidar com a ideia de direitos (*rights*). E ficam mais à vontade para falar em *remedies*, do que em *rights*”. No original: *Not only has English law generally been much happier in dealing with duties than with rights, it has also, I think, clearly been happier in dealing with remedies than with rights* (P. S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, The Hanly Lectures, Londres, Stevens & Sons, 1987, p. 21).

casos posteriores, em que se discutiu se o precedente *Donoghue v. Stevenson* deveria ser aplicado.¹⁶

Esse precedente foi aplicado a um caso em que o autor pleiteava indenização em consequência da queda de um elevador. O proprietário do prédio tinha contratado uma empresa de engenheiros para consertar esse elevador e a queda ocorreu por que o conserto foi malfeito. A regra geral do caso *Donoghue* foi aplicada a esse caso (*Haseldine v. Daw*), embora pudesse, segundo alguns, ter havido *distinguishing*, já que os réus não eram fabricantes, mas simplesmente consertaram o elevador. Ademais, poderia ter sido feita uma inspeção, depois do conserto, o que, no caso *Donoghue* não poderia ter ocorrido, já que a garrafa era opaca.¹⁷

Felizmente, nos tribunais brasileiros, encontram-se decisões em que se reconhece haver *identidade essencial* entre casos, embora os fatos não sejam os mesmos.

Vale a pena menção e referência expressa a um julgado do TJPR em que se reconheceu identidade substancial (= mesmo *core*) nos contratos de locação de bens móveis e de compartilhamento, para efeito de incidência de ISS.

Diz-se no acórdão que “no caso em tela, a locação se refere a postes e torres, os quais se enquadram no conceito de *bens imóveis* por acessão. *Ainda assim*, porém, os fundamentos utilizados pelo Supremo para declarar a inconstitucionalidade [da incidência de ISS] sobre a locação de *bens móveis* podem ser utilizados no que refere à hipótese *sub judice*”. (Destques meus, na expressão que indica não serem idênticos os fatos subjacentes à questão jurídica a ser resolvida).¹⁸

O mesmo tipo de identidade, não *absoluta*, mas *essencial*, foi reconhecida no acórdão do STJ, que julgou o RE 1.185.685-SP (2010/0049461-6), entre as situações do *vale alimentação* e do *vale transporte*. Na ementa, diz-se que “o valor concedido pelo empregador a título de vale alimentação não se sujeita à contribuição previdenciária, mesmo nas hipóteses em que referido benefício é pago em dinheiro. (...) O STF, *em situação análoga*, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre valor pago em espécie sobre o vale transporte do trabalhador, mercê de o benefício ostentar nítido caráter indenizatório. (STJ, RE 478.410-SP,

¹⁶ *What is binding in a Precedent*, Geoffrey Marshal, in *Interpreting Precedents*, coord. D. Neil MacCormick e Robert Summers, Ashgate, Dartmouth, 1997, 503 a 517, especialmente p. 505.

¹⁷ *Haseldine v. Daw* [1941] 2KB 343.

¹⁸ Incidente de declaração de inconstitucionalidade 335850-5/01, de Guarapuava, 2.^a VC – Órgão Especial – j. em 18.12.2006.

Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 10.03.2010, DJe 14.05.2010). (Grifos meus, em expressão que indica o reconhecimento de que as situações não são absolutamente idênticas, mas substancialmente idênticas).¹⁹

Por isso, no meu entender, são absolutamente equivocadas decisões do STJ em que se afirma caberem *embargos de divergência* exclusivamente em hipóteses em que há “absoluta similitude fática” e injustificável a recusa do exame de questões ligadas a honorários advocatícios ou ao juízo de admissibilidade de recurso especial.²⁰

Mesmo os casos que envolvem fatos mais complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, que é justamente o que proporciona a possibilidade de uniformização.

Todos os problemas a que acima me referi positivamente não se põem quando se trata da vinculação por *identidade absoluta*. É essa espécie de vinculação que se dá, por exemplo, nos casos da aplicação dos arts. 543-B e C e 285-A do CPC/73, que correspondem aos arts. 1.036, 976 e 332, *caput*, §§ 3º e 4º, respectivamente, do NCPC. Todos os aspectos dos processos cuja tramitação é suspensa como decorrência de ter sido afetado o recurso, devem ser *idênticos*. O caso anterior, para a aplicação do art. 285-A, CPC de 1973, deve ser idêntico. E que se deve tratar de questão de direito, no sentido mais estreito que comporta a expressão: nenhuma dúvida há quanto aos fatos relevantes e há outros fatos (claro, sempre há), mas são absoluta e inteiramente irrelevantes.

É justamente o caso de se considerar ser ou não incidente o ISS sobre o *leasing*; serem ou não os aposentados de certa categoria profissional abrangidos por certo aumento; serem ou não mães adotivas abrangidas por certo benefício previdenciário concedido por lei que usa a palavra *mãe*, exclusivamente.

Nesses casos, ainda que haja fatos subjacentemente às questões que devem ser resolvidas, estes são *integralmente* absorvidos pelas expressões que os *descrevem*: leasing, ISS, aposentados... Nada há que se possa perguntar, para esclarecer: que tipo de *leasing*? Aposentados, com 70 ou 80 anos? Nada, além do que está dito, importa para a solução da controvérsia, QUE É UMA SÓ, em todos os casos.

¹⁹ STJ, REsp. 1.185.685/SP, Primeira Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2010, DJe 10.05.2011.

²⁰ STJ, AgRg nos EResp. 748.975/SP, Corte Especial, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 04.06.2008, DJe 04.08.2008.

7) COMO COMPATIBILIZAR LIBERDADE PARA DECIDIR COM NECESSIDADE DE RESPEITO A PRECEDENTES?

Em síntese, o que dissemos neste artigo foi o seguinte:

(a) É inescandível que o juiz, ao decidir, exerce, em diferentes graus, muito frequentemente, atividade de índole criativa.

(b) Deve fazê-lo à luz do *ethos* dominante - e não de seus medos, de suas convicções religiosas ou políticas etc.

(c) Via de regra, os casos que proporcionam ao juiz oportunidade de, legitimamente, exercer certa dose de liberdade, localizam-se em ambientes decisoriais frouxos: em que a *qualidade da decisão* é mais relevante do que a *segurança jurídica*.

(d) A liberdade que os sistemas de *civil law* proporciona destina-se ao JUDICIÁRIO, e não a *cada* juiz, individualmente considerado. O *legislativo* faz a lei; o *judiciário* a interpreta e a aplica.

(e) Portanto, uma vez firmada a posição das Cortes Superiores (com liberdade) devem os demais órgãos do Judiciário - e, é evidente, **TAMBÉM AS PRÓPRIAS CORTES SUPERIORES!** - respeitar a opção feita naqueles precedentes (*sem liberdade*).

(f) Quando se trata de decisões proferidas em ambientes *frouxos*, os casos quase nunca são idênticos. Há, todavia, formas de identificar a *essência* de casos, cujos fatos são diferentes, que o jurista brasileiro deve estudar. Isso se pode estudar, com grande proveito, com os autores de *common law*. ❖