



Como aplicar Teoria dos Precedentes a um momento sem precedentes?

05/05/2020

A Teoria dos Precedentes foi paulatinamente incorporada ao Direito brasileiro na última década. Primeiro, por parte da doutrina, que buscava uma solução para a falta de isonomia nas decisões. Mais tarde, a figura dos precedentes foi adotada pelo legislador, fazendo expressa menção ao instituto no Código de Processo Civil de 2015. Respeitadas as diferenças teóricas sobre o tema, os precedentes têm como função principal a implementação da ideia do *stare decisis*, ou seja, o respeito ao que já se decidiu e a preservação dos entendimentos previamente firmados. A teoria dos precedentes, portanto, exige o desenvolvimento de fundamentação que considere as decisões proferidas em casos anteriores para a tomada de decisão do caso atual.

Por outro lado, o período da pandemia oriunda da Covid-19 tem sido considerado um momento sem precedentes – no mais amplo sentido da expressão. Essa observação vale, também, para a falta de precedentes judiciais para a tomada de decisões relativas ao momento atual e, nessa medida, os questionamentos aqui formulados se revestem de importância e de atualidade.

Logo que foram tomadas as primeiras medidas sobre a prevenção à pandemia, surgiram também medidas judiciais diretamente ligadas aos fatos. Os pedidos, para forçar o isolamento ou para afrouxá-lo, para fechar as portas de estabelecimentos comerciais, ou mantê-los abertos, para delimitar o quadro de serviços públicos essenciais, rapidamente bateram às portas do Judiciário. Pouco tempo depois, como decorrência imediata da crise econômica que acompanhou a disseminação do vírus, surgiu outra gama de casos, com alegações de impossibilidade de cumprimento de obrigações de todas as ordens.

Se todos esses casos estão sendo levados ao Judiciário, é certo que precisam de uma decisão. Para a tomada dessa decisão, o magistrado deverá apresentar fundamentação adequada, nos termos do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. Dentre os requisitos desse artigo, os incisos V e VI exigem que o juiz indique os precedentes que se aplicam ao caso a ser decidido ou que justifique porque deixou de segui-los. Evidentemente, sob a ótica dos advogados, esta mesma regra está ligada ao modo como se utilizam os precedentes para justificar os pedidos formulados. Trata-se, portanto, de questão que afeta toda a comunidade jurídica.

É neste ponto que surge o problema que o presente artigo pretende enfrentar: como identificar os precedentes que podem ser aplicados para os casos em que a quarentena decorrente da Covid-19 desempenha um papel central? Uma vez identificados, qual o grau de vinculação desses precedentes com os casos que surgiram no período da pandemia? E, por fim, as decisões que foram e que serão proferidas por conta da pandemia terão o potencial para se tornarem precedentes? São essas as questões que o presente artigo pretende examinar.

Para respondê-las, é importante compreender a causa do problema. A pandemia rompe com algumas das premissas mais básicas do ser humano: a estabilidade e a segurança. Descobriu-se que ficar em casa pode gerar desconforto, angústia e incertezas. Para os que ainda podem

desempenhar uma atividade profissional, o local de trabalho mudou, as ferramentas de trabalho mudaram, os desafios são outros e a rotina é muito mais intensa. Para outros, que não têm condições de desempenhar suas atividades, resta apenas aguardar em tensão ou procurar outros empreendimentos. Evidentemente, essa mudança gera alterações fáticas no desenvolvimento das relações jurídicas.

Assim, um contrato de aluguel, cuja disciplina já está mais do que consolidada em nosso ordenamento, torna-se objeto de intensas discussões jurídicas. Por conta da crise econômica, é possível postergar o pagamento? É possível suspender o despejo? Essas questões se tornam ainda mais complexas na medida em que as circunstâncias fáticas são complementadas: se a atividade do locador é, por exemplo, a de um salão de beleza, que forçosamente está fechado em algumas cidades, essa pessoa jurídica tem fundamento para pedir uma alteração do valor do aluguel? E, se por outro lado, a locatária é uma idosa que depende do valor mensal para custear seus medicamentos? Como decidir este caso, e quais precedentes adotar?

Se há algo que a Covid-19 produziu, no Direito brasileiro, é a transformação de inúmeros casos “fáceis” em *hard cases*. Ou seja, casos até então simples de serem julgados se tornaram complexos e desafiadores para a jurisprudência. Visto de outra forma, não se tem mais regra clara nem para julgar o que, até o início do ano, era assunto pacífico nos tribunais.

Respondendo, assim, ao primeiro questionamento (como identificar os precedentes aplicáveis aos casos contemporâneos), a verdade é que não há precedentes para este momento. A afirmação pode chocar, pois afasta a certeza e a segurança que o Direito pretende garantir. Diga-se mais: se houver algum precedente em potencial, trata-se de decisão recente, de março ou abril de 2020, mas que ainda precisa ser difundido e aplicado pelos demais juízos e, também, dependerão de apreciação dos tribunais superiores.

Ocorre, porém, que a falta de precedentes não significa que o Direito não regula as matérias que têm sido levadas às cortes. Há, de um lado, o direito positivo. E, de outro, o Poder Judiciário, que dispõe de todas as ferramentas necessárias para trabalhar com essas questões.

Em primeiro lugar, cabe considerar que os precedentes valem para, e na medida em que, os casos são ou não semelhantes. Deste modo, os precedentes já existentes sobre um tema podem ser relevantes para a tomada de decisão para os casos surgidos na pandemia. No entanto, esses precedentes podem não ser suficientes para a complexidade das causas atuais. Por exemplo, os precedentes sobre direito bancário são relevantes para as causas que surgiram no período da quarentena. No entanto, pode ser que a noção de “risco” ou de “equilíbrio” contratual tenham sido tão tensionadas que a conclusão do julgador seja, justamente, por uma solução “excepcional” para aquele caso. Nesta medida, não se pode presumir que o magistrado desconhece os precedentes sobre o tema, mas que as circunstâncias fáticas apontam para uma solução diversa.

Há diversos exemplos, recentemente noticiados, que permitem a constatação do ora afirmado. Nesta linha, apenas no Estado do Paraná, há notícias de casos que alteraram a solução tradicional de casos para oferecer uma saída diante da pandemia. Destacam-se, de modo ilustrativo, as seguintes decisões: i) determinação de alteração de datas de voo¹; ii) substituição

provisória para idoso cumprir pena em prisão domiciliar²; iii) concessão de tutela de urgência para que não ocorra a suspensão de fornecimento de luz elétrica a uma empresa que fabrica e comercializa alimentos³; iv) determinação de isolamento social de sete pessoas de uma família⁴.

Estes exemplos permitem uma conclusão parcial: os magistrados que proferiram as decisões citadas não tomaram tais decisões por meio de uma negação do Direito positivo nem negaram os precedentes sobre os temas, mas também não se pode afirmar que as providências tomadas são incoerentes. O que ocorre é que, diante dos *hard cases* levados à apreciação, observou-se que o bem jurídico a ser tutelado depende de uma interpretação mais complexa e ampla do ordenamento. A maioria dos casos, hoje, exige que o magistrado considere a repercussão da decisão sobre a saúde das partes e da população e que aprecie, também, as dificuldades inerentes ao período experienciado.

Portanto, se a “premissa fática” sofreu alterações pela quarentena, a “premissa normativa” também pode ter sido alterada. Ou seja, no período da Covid-19, a relação das normas com os casos não é a mesma do que era antes da quarentena se iniciar.

Assim, se os elementos fáticos do caso são bem apresentados e restar demonstrado que a situação merece tratamento diferenciado, poderá o magistrado realizar o chamado *distinguishing*, ou distinção, previsto no inc. VI, do art. 489. Isto permite que a decisão se distancie do precedente já firmado e que um resultado diferente seja conferido ao caso atual. Com isso, a fundamentação da decisão permanece hígida e não haverá falta de integridade no ordenamento. Em outras palavras, se houver uma razão concreta para o tratamento diferenciado, não se está a falar em injustiças ou em falta de isonomia. Ao contrário, o que se tem é uma tutela específica para um caso específico.

Agora, em que medida essas decisões passarão a integrar o conjunto de precedentes no Brasil? Ou melhor, qual é a possibilidade de um precedente formado no período da quarentena seja empregado para casos no futuro?

Aqui, a preocupação deve ser com alguns institutos. Em primeiro lugar, há de se compreender o espaço dos chamados fatos materiais, na nomenclatura de Arthur Goodhart⁵, ou dos “fundamentos fáticos determinantes”, no que seria uma definição mais próxima do que é empregado pelo CPC. Fatos materiais são os fatos considerados juridicamente relevantes para a tomada de uma decisão e que, por isso, devem ser destacados no relatório e na fundamentação.

Tome-se por exemplo um importador de produtos chineses que não conseguiu pagar tributos. No caso desse importador, a quarentena brasileira, por si só, pode não ser o ponto mais relevante para a tomada de uma decisão. Mas, a falta de remessa dos produtos ou o bloqueio de produtos chineses nos portos deverá ser destacado pela decisão, caso efetivamente se conceda à parte um prazo maior para o pagamento da dívida. É fundamental que o conjunto de fatos seja bem delimitado pela decisão.

O que não pode ocorrer é a tomada de decisões com fundamentação escassa. No futuro, poderão se voltar contra os próprios tribunais ao serem invocadas para resolução de casos em condições normais. Ao formar precedentes neste momento, deve-se tomar cuidado para que as

decisões pensadas para a pandemia não se tornem a posição pacífica dos tribunais a respeito de um determinado tema, como se a jurisprudência anterior estivesse superada.

Nesta linha, considerando um método bastante relevante de indexação e busca de decisões, é imprescindível que as decisões relacionadas à Covid-19 tenham a pandemia e seus efeitos indicados já na ementa, para evitar futura confusão entre precedentes pandêmicos e os firmados em condições normais.

Portanto, nas decisões, o cuidado que os magistrados poderão tomar para diferenciar o entendimento do período da pandemia e o período regular é destacar como fato material, ou como fundamento fático relevante, as imposições da quarentena. Por isso, repita-se, o ponto central é evitar decisões que não identifiquem, cuidadosamente, as circunstâncias fáticas que contribuíram para a decisão.

Ao que tudo indica, o Brasil passará a ter um conjunto de precedentes para o período de calamidade. Espera-se que, superada a Covid-19, esses precedentes não sejam utilizados nunca mais e que o futuro reserve circunstâncias fáticas mais favoráveis a todos. No entanto, se surgir uma nova situação de calamidade, o conjunto de precedentes firmados servirá para o próximo período. Por este motivo, com ou sem pandemia, é imprescindível que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário sejam adequadamente fundamentadas.

Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da [Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo](#) (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFBA, UFC e UFMT).

1 AMAPAR. Covid-19: Juíza de Curitiba atende pedido para que companhia aérea altere datas de voo. Curitiba: Amapar, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2UVcX1C> Acesso em 23 de abril de 2020.

2 AMAPAR. Covid-19: Juiz de Bocaiúva do Sul determina substituição provisória para idoso cumprir pena em prisão domiciliar. Curitiba: Amapar, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aV2lFN> Acesso em 23 de abril de 2020.

3 AMAPAR. Covid-19: Juiz de Altônia defere tutela de urgência para que não ocorra a suspensão do fornecimento de luz elétrica a uma empresa que fabrica e comercializa alimentos. Curitiba: Amapar, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2URDDR8> Acesso em 23 de abril de 2020.

4 AMAPAR. Covid-19: Juiz de Marechal Cândido Rondon determina isolamento de sete pessoas de uma família. Curitiba: Amapar, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2RpDked> Acesso em 23 de abril de 2020.

5 GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p.161-183, dez. 1930.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-05/direito-civil-atual-aplicar-teoria-precedentes-momento-precedentes/>