



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSÉ MOREIRA FALCÃO NETO

**O PROCESSO DE CONSCIENTIZAÇÃO DO NECESSÁRIO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL**

**FORTALEZA
2011**

JOSÉ MOREIRA FALCÃO NETO

O PROCESSO DE CONSCIENTIZAÇÃO DO NECESSÁRIO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito, sob orientação da Prof. Germana de
Oliveira Moraes.

FORTALEZA
2011

JOSÉ MOREIRA FALCÃO NETO

O PROCESSO DE CONSCIENTIZAÇÃO DO NECESSÁRIO RESPEITO AOS
PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Monografia submetida ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/_____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Germana de Oliveira Moraes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestrando Eric de Moraes e Dantas
Universidade Federal do Ceará – UFC

“Assim, ao Rei eterno, imortal, invisível,
Deus único, honra e glória pelos séculos
dos séculos” (1 Tm 1:17), pois Ele me
presenteou com todos aqueles que
mereceriam esta dedicatória.

AGRADECIMENTOS

À minha família, o maior presente de Deus na minha vida. Não encontro palavras para expressar o amor e gratidão que tenho por cada um de vocês.

À minha namorada e aos meus amigos íntimos, a família que escolhi. O simples estar perto de vocês torna a vida muito melhor. Que continuemos a nos alegrar e a crescermos juntos.

Aos membros da minha banca, pelos quais nutro verdadeira estima e consideração.

Aos colegas de turma, por todo o companheirismo nestes cinco anos e especialmente neste fim de curso. Que continuemos a unir forças em prol de um Brasil melhor.

Ao Deus que me ama e que demonstra seu amor a cada dia nas grandes e pequenas coisas, que está comigo quando ando por pastos verdejantes ou pelo vale da sombra da morte. Que eu aprenda, ao longo dos meus anos, a amá-lo e a amar as pessoas.

“Se as coisas são inatingíveis, ora, não é motivo para não querê-las. Quão tristes seriam os caminhos, não fosse a presença distante das estrelas.”

Mário Quintana

RESUMO

Procura ressaltar a necessidade da conscientização dos operadores do Direito do Brasil de respeitar os precedentes judiciais. Há, no Brasil, diversos fatores que indicam a valorização dos precedentes, que encontra amparo em bases da teoria do Direito contemporânea e em normas constitucionais de grande força axiológica. O movimento que busca o fortalecimento dos precedentes combate uma ideia que parece ver o juiz como na revolução francesa, como mera boca da lei. Todos afirmam que a segurança jurídica e a igualdade são princípios basilares do Estado Democrático de Direito, mas pouco parecem valer diante de uma visão tradicional e excessivamente ampla da independência dos juízes. É como se a afirmação do Direito pelo juiz não tivesse importância e não merecesse o devido cuidado. Deixa-se o juiz decidir apenas conforme sua própria convicção do Direito, mas se estabelecem várias possibilidades de recurso. Os tribunais responsáveis pela uniformização da lei federal e da Constituição aparentam ter que desempenhar tais funções caso a caso, o que conduz a um óbvio assobramento dessas instâncias centrais. Mas as recentes novidades legislativas e jurisprudenciais nos dão a esperança de um Judiciário que trabalha em conjunto e que oferece a mesma resposta diante de casos idênticos. Concluímos que a questão de respeito aos precedentes depende muito mais de uma cultura dos operadores do Direito do que de dogmática jurídica. No entanto, propomos algumas interpretações desta dogmática que contribuam para a consolidação daquela cultura.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Cultura precedentalista no Brasil.

ABSTRACT

The awareness of Brazilian judges on respecting and following the judicial precedents is necessary and our aim is to highlight it. There is, in Brazil, several factors that indicate that the precedents serve a persuasive role, since their bases are the contemporary Law theory and Constitutional rules with great axiological strength. The movement that seeks to strengthen the application of precedents fights against the previous idea that the judge, as in the French Revolution, is a mere mouth that pronounces the words of Law. It is a common sense that the security for individual rights and equality are fundamental principles of a democratic state of law, but these principles seem to be worthless in front of the traditional and overly broad view of judges' independency. It is as if the statement of law by the judge was unimportant and not worthy of due care. It is acceptable that the judge decides according to his own conviction of Law in the case but it is given many different possibilities for appeal. The courts responsible for the uniformity of the federal law and the Constitution seem to have to perform such functions in each case, leading to an obviously overwhelmed these central bodies. However, new legislation and new judiciary decisions give us the hope of a judiciary that works together and offers the same response in the face of similar cases. We conclude that the achievement of respect for precedent depends much more of a culture than of legal dogmatics. Notwithstanding, we proposed some interpretations of this dogmatic that may contribute to the consolidation of that culture.

Keywords: Judicial precedents. Culture of *stare decisis* in Brazil.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	JUSTIFICATIVAS DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA.....	14
2.1	Noções preliminares fundamentais para o desenvolvimento do trabalho.....	14
2.1.1	Precedente judicial, <i>ratio decidendi e obiter dictum</i>	15
2.1.2	Técnicas de aplicação dos precedentes.....	16
2.1.2.1	<i>Distinguishing</i>	16
2.1.2.2	Superação do precedente: <i>overruling</i> e outras.....	18
2.2	O contexto da teoria do Direito atual: exigência, também em países do <i>civil law</i>, do respeito aos precedentes.....	22
2.3	Razões para respeitar os precedentes judiciais.....	26
3	ESTRUTURA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA O RESPEITO OS PRECEDENTES JUDICIAIS À LUZ DA SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM: RAZÕES JURISPRUDENCIAIS QUE FORTALEZAM A IDEIA DE SISTEMA PRECEDENTALISTA ENTRE NÓS.....	31
3.1	Função das Cortes superiores. Destaque para a objetivação do recurso extraordinário.....	32
3.2	A confiança nos órgãos jurisdicionais encarregados de aplicar o entendimento firmado e a valorização do papel destes no sistema.....	37
3.3	Uma nova noção de sistema judiciário em formação.....	41
4	ALGUMAS CONDIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA NA REALIDADE BRASILEIRA.....	45
4.1	Os precedentes devem passar a ser vistos como obrigatórios.....	46
4.2	Participação de toda a sociedade e qualidade das fundamentações na construção dos precedentes.....	54
4.3	A condição mais básica. Respeito aos próprios precedentes: uma lição que pode ser apreendida na própria legislação processual brasileira (Art. 285-A do CPC).....	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
	REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

A ausência de uniformidade de orientação jurisdicional dos diversos órgãos do Poder Judiciário é uma dos grandes responsáveis por dois imensos problemas que assolam a Justiça brasileira: a morosidade e a insegurança jurídica.

Muitas vezes, o jurisdicionado precisa recorrer até às instâncias extraordinárias para fazer valer entendimento já pacificado nos tribunais responsáveis pela última palavra na interpretação da Constituição e da lei federal. Não raro, também ocorre de estes tribunais não considerarem suas próprias decisões, o que abre margem para que os órgãos inferiores decidam embasados numa “independência judicial” que parece desconhecer limites.

Nesse quadro em que cada juiz ou cada colegiado decidem segundo suas próprias convicções – que também podem variar dia a dia – quem mais sofre é o jurisdicionado que está numa situação jurídica amparada pelos mais fortes argumentos jurídicos, mas não consegue uma resposta célere, adequada e justa para a solução de seu caso.

Por sua vez, os litigantes de massa que litigam sem razão são os grandes beneficiados, porque conseguem gerenciar bem os custos e benefícios de manter os processos em curso.

A falta de visão da estrutura do Judiciário como um sistema em que cada órgão contribui a seu modo para o bom funcionamento do organismo ou, em outras palavras, o descomprometimento com um sistema de respeito aos precedentes judiciais acarreta que os juízes se tornem, em parte, seus próprios algozes no tocante à enxurrada de processos que se multiplica diariamente. Estimula que se demande ou que se violem direitos na expectativa de ter sorte no resultado da decisão da “jurisprudência lotérica”.¹

No primeiro capítulo, são expostas razões jurídicas pelas quais os precedentes devem ser observados no Brasil. Já está bastante disseminado entre nós alguns aspectos da teoria do Direito que não justificam que se mantenha firme o seguinte dogma: o de que a lei é suficiente para conferir segurança e isonomia aos jurisdicionados. O giro hermenêutico-pragmático, a jurisdição constitucional, a força normativa das normas constitucionais, a crise da lei e as novas técnicas legislativas não sustentam que se trate a atividade judicial como se o juiz fosse a mera boca da lei.

¹ Expressão de Eduardo Cambi (2001).

Os textos normativos abrem diversas possibilidades para que o juiz extraia a norma jurídica. Todo ato de interpretação envolve um ato de vontade: depende da subjetividade do juiz. Logo, diferentes juízes – mesmo que vocacionados, comprometidos com o ideal do melhor Direito – provavelmente reconstruirão diferentes normas jurídicas para casos submetidos à apreciação de cada um, mesmo que absolutamente idênticos.

Se o Judiciário deve dar continuidade ao papel do legislador, reconstruindo normas jurídicas, impõe-se que as respostas sejam as mesmas para todo aquele que se encontre na mesma situação. Igualdade perante a lei é insuficiente. Urge a igualdade perante as decisões judiciais. Atrelado a isso, as pessoas precisam ter a maior previsibilidade possível das conseqüências jurídicas de suas escolhas, para saberem como se conduzir em sociedade. Esse é um fim primordial do Direito.

Treat like cases alike: dar a mesma solução a casos idênticos. *Stare decisis et non quieta movere*: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. Realmente, são princípios basilares da *common law*, que lá nasceram e se desenvolveram. Não há, contudo, razões jurídicas que impeçam sua transposição de forma crítica e adequada à realidade brasileira. Pelo contrário, o movimento de valorização dos precedentes ganha cada vez mais força no Brasil porque são muito fortes os fundamentos que o impulsionam.

O grande problema que o sistema precedentalista precisa enfrentar para ter sucesso no Brasil é a barreira cultural. Aqui, sim, entendemos que a tradição anglo-saxônica faz a diferença. Contudo, a situação atual de “jurisprudência lotérica” é insustentável. O conformismo não parece ser uma boa solução. Alguma resposta há de ser dada.

Os legisladores, tanto o constituinte derivado como o ordinário, já fizeram suas escolhas quanto a essa resposta: a valorização da jurisprudência. O impulso legislativo certamente facilita a consolidação de uma cultura de respeito aos precedentes, mas a comunidade jurídica precisa fazer sua parte, disseminando e incorporando essa consciência, sob pena de agravar a situação, ao invés de melhorá-la.

A temática que envolve o presente trabalho é riquíssima, um mundo a ser desvendado pelos operadores do Direito brasileiros. Como afirma PERRONE (2008, p.7), o tema tangencia “diversos assuntos que lhe são correlatos, a exemplo de teorias hermenêuticas e argumentativas, da discussão acerca da legitimação democrática da jurisdição constitucional e do debate sobre a interferência da subjetividade dos intérpretes, de forças políticas e de aspectos institucionais sobre processos decisórios”.

Reconhecendo a incapacidade de tratarmos do tema com a amplitude e a profundidade que ele merece, ainda mais em trabalho monográfico, resolvemos aproximar o tema especialmente daqueles que, como o autor destas linhas, estão iniciando sua vida profissional. E a delimitação do tema levou em conta sua novidade. O momento é de disseminar a consciência da necessidade de forte respeito aos precedentes judiciais, de consolidar uma cultura. À medida que cada um desperte para essa realidade, poderá intensificar os estudos necessários ao bom desenvolvimento do sistema, notadamente quanto às técnicas de aplicação dos precedentes, brevemente expostas no início do segundo capítulo.

Procuramos aproximar os dois capítulos seguintes da realidade jurídica brasileira atual, do que está acontecendo nos tribunais e o que pode ser feito hoje. O foco foi o respeito aos precedentes dos tribunais superiores, notadamente o STF. Expusemos, no terceiro capítulo, importantes e recentes considerações dos ministros do tribunal mais importante do país sobre como deve ser a estrutura do Judiciário brasileiro. Estrutura enquanto sistema, sistema enquanto trabalho harmônico de dizer o Direito.

As decisões envolvem a sistemática de julgamento por amostragem, de objetivação do recurso extraordinário. Os fundamentos dessas decisões mostram claramente que o Tribunal entende como imprescindível a observância de seus entendimentos pelos demais órgãos jurisdicionais.

O intuito na organização do capítulo foi abordar didaticamente pontos importantes enfrentados pelo Tribunal que interessam à consolidação do sistema precedentalista no Brasil: a função dos tribunais superiores como uniformizadores da interpretação da Constituição e da lei federal; a redução do número de processos como condição necessária ao estabelecimento de decisões-paradigma; a imprescindível confiança nos órgãos intermediários para fazer valer os precedentes; e a identificação do que são casos iguais e casos diferentes.

Após estar claro que há todo um arcabouço teórico, legislativo e jurisprudencial para a consolidação dos precedentes no Brasil, voltamos nossa dedicação no capítulo final para um requisito imprescindível para que realmente haja um sistema precedentalista forte, coerente e adequado: a cultura de respeito aos precedentes. De nada adiantará a possibilidade que o Direito oferece se a magistratura brasileira, os acadêmicos e os demais operadores do Direito não estiverem unidos e engajados para fazer o sistema funcionar.

A atuação do legislador e as decisões do Supremo não se deram por acaso. Muitos juristas já estão engajados nesse projeto, e o número cresce a cada dia. O desrespeito aos

precedentes, contudo, ainda é manifesto. O número de adeptos irá crescer, mas isso não é suficiente. Deve haver uma doutrina sólida, crítica, adequada à realidade brasileira, como base desse sistema, sob pena de que o prédio construído sem alicerce desmorone.

Essa cultura também depende, então, de uma série de requisitos. Vamos analisar três. É nesse ponto do trabalho que nos permitimos uma postura de maior criatividade, mas procuramos sempre nos embasar nas lições de doutrinadores de invidiosa qualidade.

O primeiro refere-se a considerar obrigatórios os precedentes, como regra. Mesmo que não exista uma possibilidade concreta de que a própria Corte prolatora do precedente o faça valer em cada caso concreto. Deve ser difundida a consciência de que aplicar o entendimento do *leading case* a caso idêntico é um dever funcional de cada juiz.

O segundo consiste em que o processo de formação do precedente seja o mais participativo possível. As Cortes superiores devem sofrer um “constrangimento” por parte da comunidade jurídica. Não são apenas os magistrados da base da estrutura judiciária que não se podem deixar levar preponderantemente por suas convicções pessoais. Os órgãos superiores devem muita deferência às posições firmadas nas demais instâncias e na doutrina. Podem até se opor a estas, mais seu ônus argumentativo deverá ser muito mais pesado. Os precedentes terão muito mais credibilidade se cada magistrado se cada operador do Direito se vir como influenciador daquela decisão.

Por último, o requisito mais básico de todos. Uma lógica presente até no senso comum: não se pode exigir respeito dos outros antes de respeitar a si mesmo. O Judiciário serve para solver controvérsias. O fato de determinada questão jurídica ser polêmica não deve justificar, ao menos em regra, que o Judiciário tome posição. Se a prática de mudar entendimentos sem que haja justificado caso de *distinguishing* ou de superação de precedente for constante, aliás, se qualquer desses três requisitos não forem levados a sério, seria melhor que se desfizessem todas as reformas legislativas de valorização dos precedentes e que extirpassem do ordenamento os recursos excepcionais.

Esperamos que este modesto trabalho de conclusão de curso dê a sua pequena contribuição no despertar do leitor para o importante tema da valorização dos precedentes judiciais no Brasil, que cause uma curiosidade pelo aprofundamento desta instigante questão que pode influenciar todo o sistema judicial brasileiro. Se conseguirmos estimular o leitor a buscar uma consciência madura sobre o tema através de obras de maior relevo, estaremos plenamente satisfeitos.

2. JUSTIFICATIVAS DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA PARA A ADOÇÃO DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA

2.1 Noções preliminares fundamentais para o desenvolvimento do trabalho

Inicialmente, é necessária a exposição de alguns conceitos da teoria dos precedentes judiciais que são amplamente debatidos e estudados em locais onde a teoria já encontra acolhida há muito tempo e onde os estudiosos brasileiros buscam subsídio para o desenvolvimento de uma teoria adequada à realidade brasileira. Esses locais são Estados Unidos e Inglaterra, principalmente.

Desde logo, alertamos ao leitor dedicado que todos os conceitos e técnicas de operacionalização dos precedentes abordados aqui não o serão com o devido aprofundamento. A proposta é oferecer apenas uma noção àqueles que não tem intimidade com o assunto, o mínimo necessário à compreensão do desenvolvimento deste trabalho.

O não aprofundamento se deve não por atribuirmos menor importância a esses pontos. Pelo contrário. Uma vez conscientes da necessidade de um sistema precedentalista, as técnicas de aplicação deles devem ser estudadas e desenvolvidas a esmo para que o sistema seja racional e atinja seus objetivos. Porém, a delimitação do tema do presente trabalho levou em conta que muitos ainda desconhecem bastante ou não dão a devida importância à temática. Concentramos nossos esforços, então, em expor a necessidade de um sistema precedentalista de forte respeito às decisões judiciais.

Incentivamos fervorosamente, contudo, que o leitor se dedique ao estudo desses temas, porque muito da valorização da jurisprudência que se observa no Brasil se dá “sem a preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país. Isso porque, no Brasil, a referência a súmulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem” (THEODORO JÚNIOR, NUNES e BAHIA, 2010, p. 41). Isso é pseudo-valorização, provavelmente influenciada pelo simples comodismo e praticidade de fundamentar uma decisão fazendo mera referência a uma súmula. Se continuar assim, o sistema não trará as vantagens que se esperam dele, e sim prejuízos.

2.1.1 Precedente judicial, *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Precedente judicial, segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2008, p. 347), é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Não é toda decisão judicial que constitui precedente. Primeiramente, o conteúdo do precedente deve ser a fixação da interpretação de uma dada questão jurídica. “As decisões sobre questões de fato não constituem precedentes, pois cada caso é considerado único. A fim de constituir um precedente, a decisão deve abranger uma questão de direito”. (CROSS e HARRIS *apud* MARINONI, 2011, p. 110)

Marinoni (2011, p. 216) diz ainda que essa decisão deve ser a primeira a elaborar a tese jurídica que soluciona o caso ou “que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”. Frise-se, contudo, que pode acontecer que o precedente ao tenha perfeitamente delineados seus contornos ao longo de várias decisões.

Como se trata de uma tese jurídica fixada pelo órgão judicial, é intuitiva a conclusão de que o precedente é extraído da fundamentação da decisão judicial, e não do dispositivo, como ocorre com a coisa julgada (LARENZ, 1997, p. 611). A ideia que embasa a doutrina dos precedentes é que essa tese tenha eficácia para orientar o órgão judicial prolator do precedente (eficácia horizontal) e os órgãos inferiores na estrutura judicial (eficácia vertical). Quanto maior a credibilidade das fundamentações, mais forte será o sistema precedentalista, como se verá no item 4.2.

O núcleo essencial da decisão a que fez referência Fredie Didier Jr. pode ser definido como a *ratio decidendi* do julgado. É a parte que realmente traduz o que o tribunal realmente pensa acerca da questão jurídica posta sob julgamento, “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)” (TUCCI, 2004, p. 175).

Tucci (2004, p. 175) leciona ainda que ela é composta da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e do juízo decisório (*judgement*).

O conceito de *ratio decidendi* não é simples. Conforme Andrews *apud* Wambier (2009, p. 132), há grande discussão na doutrina inglesa sobre referido conceito e sobre o teste que deve ser utilizado para identificar o núcleo de determinado precedente. Isso porque a fundamentação frequentemente também possui outras considerações que não são determinantes para a tomada de decisão do órgão judicial. É o que se chama de *obiter dictum* (LEAL, 2006, p.168-169). A grande dificuldade muitas vezes é identificar, num precedente, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*. A maturação da doutrina dos precedentes no Brasil exigirá esse aprofundamento, mas essa discussão importantíssima não é nosso objeto de estudo.

2.1.2 Técnicas de aplicação dos precedentes

As técnicas de aplicação dos precedentes merecem profundo aprofundamento por todo aquele que quiser trabalhar a sério, bem como por aqueles que queiram fazer críticas consistentes ao sistema precedentalista. Obras de fôlego poderiam ser escritas sobre o tema. Mas o nosso foco aqui é apenas demonstrar que a melhor maneira de superar possíveis críticas a esse sistema não é sua simples negação. Afinal, Marinoni (2011, p. 117) menciona, com base nos ensinamentos do italiano Giovanni Criscuoli, que “o postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma (*treat like cases alike*) constitui um princípio universal da administração da justiça, já conhecido e respeitado na Babilônia antes mesmo do reino de Hamurabi”.

2.1.2.1 *Distinguishing*

A técnica do *distinguishing* envolve ponto fundamental na teoria dos precedentes: a consideração das circunstâncias fáticas envolvidas no julgamento. O precedente, como visto, versa sobre uma tese jurídica, uma questão de direito, mas esta só é determinável quando à luz de um caso concreto. Certas peculiaridades de um caso podem ser determinantes

para a demonstração racional pelo magistrado de tal ou qual norma deve regular a situação jurídica.

Pode-se entender o *distinguishing* como uma técnica de decisão que não aplica um determinado precedente a um novo caso sob julgamento por não serem distintos os fatos materialmente relevantes subjacentes a ambos os casos (SOUZA, 2006, p. 142).

Qualquer magistrado pode fazer uso da técnica, mesmo que o precedente tenha sido estabelecido por um órgão superior. Se adequadamente utilizada, não se estará desrespeitando o precedente, já que se tratam de casos diferentes. A possibilidade de *distinguishing* não deve ser vista, de modo algum, como autorização para que o órgão decisório afaste o precedente sempre que lhe convenha.

A existência dessa técnica repele a crítica de que o sistema precedentalista denigre o princípio da isonomia em seu aspecto substancial. Se há a possibilidade de distinção dentro de um sistema precedentalista, o respeito ou não à isonomia substancial dependerá exclusivamente do bom desempenho do magistrado nas suas funções. Em princípio, situações semelhantes devem ser tratadas da mesma maneira, a não ser que haja um critério de *discrimen* justificável à luz das finalidades perseguidas pelo ordenamento jurídico (MELLO, 2000).

É verdade que se qualquer mínima variável possuir o condão de dar uma solução diversa ao caso, não só os precedentes serão obsoletos, mas os próprios textos legislativos. Concordamos com Frederick Schauer (*apud* STRUCHINER, 2009, p. 471) no sentido de que o direito é um domínio limitado de informações para a tomada de decisões. O precedente acaba perdendo sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished* (DUXBURY, 2008 *apud* MARINONI, 2011, p. 329). Se a prática se generaliza, perde o sentido falar em sistema precedentalista.

Se consolidarmos uma ordem jurídica em que os precedentes sejam estáveis, os casos subjacentes às teses jurídicas firmadas serão conhecidos e, como acontece na *common law*, o juiz será facilmente desmascarado quando tentar distinguir os casos com base em fatos materialmente irrelevantes (DUXBURY, 2008 *apud* MARINONI, 2011, p. 328).

Concluimos essa apresentação sintética do *distinguishing* enfatizando a grande importância do juízo comparativo que deve fazer o magistrado entre os casos paradigmáticos (em que estabelecidos os precedentes) e o caso *sub judice*. A semelhança ou distinção dos casos terá grande influência nos rumos da decisão. Logo, impõe-se a demonstração

adequadamente fundamentada da semelhança ou distinção, dado o mandamento constitucional inserido no art. 93, IX, da CRFB/88.

2.1.2.2 Superação do precedente: *Overruling* e outras

As técnicas de superação dos precedentes são importantes mecanismos de flexibilização dos precedentes judiciais. Permitem o aprimoramento do pensamento jurídico. Abrem espaço para que se abandone orientação que se mostre injusta ou ultrapassada diante do momento histórico. Nas palavras de Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 303), é um “instrumental intrassistêmico para assegurar a necessária flexibilidade do ordenamento jurídico”.

Uma das grandes razões para a adoção de um sistema judiciário que respeita os precedentes é a promoção da segurança jurídica, como se verá. É da essência do Direito o anseio pela estabilidade. Contudo, como o Direito regula as relações sociais e a sociedade é dinâmica e está em constante alteração, as orientações de conduta não podem ser imutáveis. O desafio é equilibrar essa tensão. Construir um Direito estável, porém não engessado (LEITE; JOSINO, 2011, p. 21-22).

O ordenamento jurídico interpretado pela jurisprudência por meio dos precedentes também não pode ser alheio ao valor justiça. A reaproximação entre Direito e Ética na contemporaneidade exige que as decisões tenham qualidade argumentativa em acordo com os ditames da razão pública.

É difícil conceber, portanto, nos dias atuais, a existência de um sistema onde a eficácia do precedente seja classificada como absolutamente vinculante, ou seja, onde não se pode reconsiderar suas decisões mesmo que haja bons fundamentos para tanto. Esse rigor existia nas decisões da *House of Lords*, na Inglaterra, no período entre 1898 e 1966. Neste ano, a Corte passou a admitir o *overruling* por meio do *Statement* de 1966, cujo trecho merece transcrição:

“Os Lordships consideram o uso do precedente uma base indispensável para decidir o que é direito e para aplicá-lo aos casos concretos. Fornece um grau mínimo de certeza perante o qual os indivíduos podem pautar suas condutas, bem como uma

base para o desenvolvimento ordenado de regras jurídicas. Os *Lordships*, não obstante, reconhecem que uma aderência muito rígida aos precedentes pode levar à injustiça em um caso concreto e também restringir excessivamente o devido desenvolvimento do direito. Eles propõem, portanto, modificara presente prática e, embora tratando as antigas decisões como normalmente vinculantes, deixar de lado uma decisão anterior quando parecer correto fazê-lo” (DUXBURY, 2008 *apud* MARINONI, 2011, p. 112).

É preciso adiantar uma conclusão cujos fundamentos serão demonstrados no item relativo às razões para se respeitar os precedentes: muitos fatores pendem a balança do juízo de proporcionalidade para a observância dos precedentes. Assim, a superação do precedente deverá ser uma ocorrência excepcional do sistema, em hipóteses cujas razões tenham peso tão forte que consigam reverter a balança².

O *overruling* é a técnica de superação do precedente por excelência. Nele, o órgão jurisdicional que estabeleceu a decisão anterior expressamente decide abandoná-lo, justificando tal atitude e estabelecendo a nova decisão que deverá ser aplicada aos futuros casos.

Se um precedente é estabelecido com base num raciocínio interpretativo razoável, sua superação deverá ocorrer se a evolução dos valores sociais, do pensamento jurídico ou da tecnologia se modificarem de tal forma que derrubem o alicerce que sustentava aquele entendimento (PERRONE, 2008, p. 234-249). *Mutatis mutandis*, é possível fazer um paralelo desses fatores com aqueles que ensejariam a chamada “mutação constitucional”.

A doutrina também arrola como hipótese de *overruling* o erro na decisão anterior. Destacamos esse ponto por ser ele objeto de maior controvérsia, visto que há a preocupação de que ele não possa abrir espaço para que o juiz o utilize indiscriminadamente. É feliz a consideração de Marinoni (2011, p. 116) de que ele “está longe de significar que o juiz pode considerar o precedente como mero argumento persuasivo ou que para a superação do precedente basta demonstrar um melhor fundamento”. “Melhor fundamento” abre margem muito ampla à subjetividade dos juízes e, conseqüentemente, ao caos decorrente de ampla divergência jurisprudencial.

² Patrícia Perrone Mello (2008, p. 277-314) faz acertada crítica, em análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre o incipiente estágio do conhecimento sobre o *overruling* no Brasil. Não há preocupação com a ponderação entre os princípios que poderiam justificar a manutenção do precedente (*authority reasons*) e as razões de justiça que apontariam para seu abandono (*substantive reasons*). Tal ponderação apenas ocorre no segundo momento em que também deveria ocorrer: para decidir a eficácia temporal do novo entendimento.

Como dão flexibilidade ao sistema de precedentes, é dedutível que a superação dos precedentes reduz – pelo menos numa visão imediatista – o grau de promoção do estado ideal de coisas que buscam os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia.

Como contramedida a essa redução, a doutrina dos países que já possuem uma tradição de respeito aos precedentes desenvolveu diversas variantes do *overruling*, com a possibilidade de revogar o precedente apenas parcialmente (*overriding*), fixar a eficácia temporal da decisão (retrospectiva ou prospectiva, aplicando ou não a alteração ao caso *sub judice*), apenas sinalizar que o entendimento será alterado no futuro (*signaling*), etc (MARINONI, 2011, p. 336-353, 421-445).

Vale ressaltar, rapidamente, uma técnica chamada *transformation*, porque vemos nela importante lição para a conscientização sobre o respeito aos precedentes no Brasil. Em termos simplificados, ela consiste na transformação ou reconfiguração do precedente sem revogá-lo expressamente, o que pode acontecer ao longo de várias decisões. Deve restringir-se a casos em que as Cortes não encontram maturidade suficiente para definir a questão. Melvin Eisenberg adverte que “a claridade do *overruling* tem maior probabilidade de levar a um coerente desenvolvimento dos precedentes do que a deliberadamente opaca natureza da *transformation*” (MARINONI, 2011, p. 344-347).

Esclarecendo a importância dessas considerações no presente trabalho, concluímos delas que, se o *overruling* já é algo excepcional, quanto mais a *transformation*. Ou seja, uma orientação jurídica não deveria precisar, como é senso comum no Brasil, que uma Corte superior decidisse um caso diversas vezes para só então considerá-la uma questão pacificada. A inovação, a criatividade científica, os acirrados debates devem ser características dos doutrinadores, dos pesquisadores, preponderantemente. O papel do Judiciário é diferente. É dizer o Direito, é tomar posição firme, que garanta aos jurisdicionados isonomia e previsibilidade para a condução de suas vidas. Uma vez feita uma escolha interpretativa razoável, não se justifica a mudança para outra também razoável.

A necessidade de maturação deveria existir apenas nos casos extremamente complexos em que não houvesse suficiente subsídio da doutrina e da jurisprudência para a resolução da controvérsia. Fora dessa excepcionalíssima situação, uma decisão de órgão jurisdicional superior deveria ser suficiente para impor observância a todos os demais órgãos a ele vinculados, na estrutura judiciária. De fato, isso se torna impossível se aquele não respeita suas próprias decisões, mas isso é tema para o item 4.3.

Por último, é importante mencionar que só a instância decisória que fixar determinado precedente tem o poder de revogá-lo. Um sistema coerente não deve permitir, portanto, que órgãos inferiores decidam contrariamente ao precedente sempre que entendam correto. A contribuição que estes devem dar nesse âmbito deve limitar-se ao *antecipatory overruling* (MARINONI, 2011, p. 403-420), que deve ser utilizado com imensa cautela.

O *antecipatory overruling* deve ocorrer quando estiver claro que a Corte que tenha estabelecido o antigo precedente irá revogá-lo assim que tiver a oportunidade. Os órgãos inferiores não revogam o precedente antecipadamente, e o objetivo não é dar resposta mais célere do que dará a instância superior. Eles apenas devem deixar de aplicar um precedente que certamente será abandonado, justamente para manter a sintonia das decisões no Poder Judiciário. Os casos que justificam o *antecipatory overruling* são o desgaste do precedente, as novas tendências no tribunal que tem poder para revogá-lo e a sinalização por este de que está apenas aguardando um caso apropriado para a revogação. Desnecessário dizer que esses casos deverão estar devidamente fundamentados na decisão que deixar de aplicar o precedente.

Logo, bem vistas as coisas, as técnicas de superação do precedente podem equilibrar o sistema precedentalista de modo não só a permitir a estabilidade do sistema e o tratamento isonômico entre os jurisdicionados como a qualidade das decisões e a evolução do direito. Uma eficácia vinculante relativa, portanto, pode tornar o sistema mais forte, ao invés de mais fraco, uma vez que ele terá maior credibilidade na consciência dos operadores do Direito e da sociedade.

A grande vantagem é conceber essas técnicas no interior de um sistema de respeito aos precedentes que deve abranger todas as decisões judiciais, ao invés de pensar que ele apenas seria útil em algumas situações. Isso estimula a consciência de que o respeito aos precedentes é a regra e de que mesmo as exceções devem ser pensadas à luz desse respeito, para o aperfeiçoamento do sistema.

2.2 O Contexto da teoria do Direito atual: exigência, também em países do *civil law*, do respeito aos precedentes

Infelizmente, não poderemos demonstrar tudo o que será aqui tratado. Apenas arrolaremos de modo sucinto alguns paradigmas do atual estágio da teoria do Direito no Brasil que impelem também o Brasil à adoção de um sistema de decisões judiciais que preza por precedentes. Adiantamos que as razões para seguir precedentes guardam profunda imbricação com tais paradigmas.

Todos eles contribuem para a desconstrução de um mito que advém da tradição de *civil law* presente em nosso ordenamento. Mais precisamente, o entendimento de que o juiz apenas é mera boca da lei, que repete o que está nela determinado.

A falsidade deste mito parece grande obviedade para aqueles que já estudaram os pontos que se seguirão, mas paradoxalmente a cultura jurídica brasileira ainda parece conviver com as decorrências dele.

Esse dogma tem forte influência da Revolução Francesa, porque o movimento inaugurou uma nova ordem jurídica marcada pela ruptura com o Antigo Regime. A burguesia acendeu ao Poder através do Legislativo e não queria sofrer as investidas de um Judiciário do qual se desconfiava por seu caráter nobiliárquico, vinculado ao poder deposto.

A desconfiança nos juízes foi um dos fatores que estimulou a criação do Código Napoleônico, que tinha a pretensão de regular toda a vida do sujeito de direitos, desde seu nascimento para além de sua morte. Quando o magistrado desbordasse da mera atividade subsuntiva de aplicar a hipótese normativa ao caso concreto, sua decisão estaria sujeita a cassação.

O tempo passa e algumas mudanças relevantes ocorrem no pensamento jurídico contemporâneo de países ligados à tradição romano-germânica. Resumindo numa frase, surge uma nova dinâmica de “separação dos Poderes”. O modo como se vê a lei e a atividade do juiz em relação à lei ganharam novos contornos.

Percebeu-se a insuficiência da lei para regular as relações intersubjetivas numa sociedade marcada por fenômenos como a complexidade, o pluralismo e a globalização. As situações merecedoras de tutela jurídica envolvem número cada vez maior de variáveis e particularidades. A dinâmica é cada vez mais rápida do que pode acompanhar o legislador. A

era das codificações, no sentido da pretensão de regular todas as relações jurídicas, está falida (TEPEDINO, 2001. p. 1-11).

Atualmente, o problema da insuficiência da legislação é contornado não só pela criação de microssistemas para a tutela de aspectos da vida contemporânea (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor), mas principalmente por técnicas legislativas mais abertas. Como o legislador não pode prever todas as situações que ocorrerão em concreto, estabelece cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem preenchidos muitas vezes pelo Judiciário, a quem cabe precipuamente a resolução de controvérsias em caráter definitivo (MARTINS-COSTA, 1998, p. 134-139).

Na mesma linha, há destaque especial para os princípios constitucionais, na acepção de Humberto Ávila (2009, p. 78-79), que os define como normas que não prescrevem descritivamente, minuciosamente, o que deve ser realizado para dar cumprimento à norma, mas sim que estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser perseguido. O modo como deve ser perseguido, e em que medida, cabe ao intérprete definir.

Como a força normativa da Constituição garante a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, inclusive os princípios, haverá vezes em que o Judiciário ditará a solução do caso com base na ponderação de princípios, quando o legislador não já tenha realizado ponderação razoável anteriormente (SARMENTO, 2007, p. 90-95). Exemplo recente foi a proibição ao nepotismo nos precedentes que ensejaram a súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o papel do magistrado é decisivo na escolha da maneira como ordenamento jurídico incidirá no caso concreto. Oliveira e Fischer (2010, p. 533) bem explicam a ideia que aqui se pretende transmitir:

“O *Direito* é uma tensão permanente entre as previsões abstratas (legislativas) e a complexidade cotidiana do mundo da vida, a exigir a conciliação entre pretensões concretas distintas, abrigadas por normas jurídicas também diferentes, mas não necessariamente contrapostas – concordância prática (entre as normas, em determinado caso concreto).”

Quanto à insuficiência legislativa para regular a vida contemporânea, pode-se objetar que os precedentes também o serão. É verdade. Porém, a situação fica pior sem eles. E eles serão úteis, com certeza, para a resolução de casos semelhantes que se multiplicam aos

milhares, bem como poderão ser um parâmetro a mais diante de casos de grande especificidade fática.

Outro fator relevante foi também a mudança de paradigma no campo da hermenêutica jurídica, fortemente influenciada por estudos no campo da filosofia da linguagem. Kelsen já havia percebido que todo ato de interpretação envolve um ato de vontade, mas essas ideias ficaram mais claras com a contribuição de filósofos como Gadamer e Wittgenstein (STRECK, 2004, p. 197-207).

Com base nesses estudos, chegou-se à conclusão de que os textos normativos editados pelo legislador estabelecem importantes limites à atividade interpretativa daquele que os aplicar a uma situação concreta. Mas também se percebeu que a compreensão daquele objeto é inevitavelmente dependente da subjetividade do sujeito que o interpreta, de seus conhecimentos *a priori*, de sua forma de ver o mundo.

O produto da interpretação não se confunde, pois, com a matéria-prima da interpretação, porque sofrerá influência do pensamento do intérprete, que, por sua vez, recebe diversas ordens de influência do ambiente que o envolve. Algumas mais gerais, como os valores sociais, os avanços da tecnologia; outras, decorrentes da própria experiência pessoal do intérprete, com maior proximidade de sua individualidade, de seus valores pessoais.

Nessa ordem de ideias, é feita a distinção entre texto normativo e norma jurídica: a norma é dinâmica. Ganha contornos finais após o processo de interpretação pelo intérprete, que a reconstrói (ÁVILA, 2009, p. 33-34). E a possibilidade de reconstrução encontra espaço tanto quando se altera o indivíduo como quando as modificações atingem a própria sociedade de maneira tal que o sentido do texto passa a ser diferente para a generalidade dos intérpretes.

O Judiciário, portanto, participa da definição da norma jurídica (GRAU, 2005, p. 82). Não apenas uma norma jurídica concreta, consistente do dispositivo da sentença, e sim da própria norma jurídica geral. O problema é que, fora de um sistema de precedentes, haverá a possibilidade de haver diferentes normas jurídicas gerais, a depender de que possibilidade normativa cada magistrado adote³. Não se pode fingir a inexistência desse fato por ser a lei uma só.

Aqui também se pode objetar que o precedente judicial deverá ser interpretado, mas novamente contra-argumentamos no sentido da atenuação do problema. A linguagem

³⁴[...]com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países do *civil law*, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas” (MENDES, 2002, p. 37)

condiciona a apreensão do conhecimento pelo homem e a sua comunicação com os outros. As palavras possuem algumas possibilidades interpretativas, mas são limitadas. A contextualização do caso paradigma, dos textos normativos e dos fundamentos do *leading case* é uma conjunção de parâmetros que delimita com maior precisão (uma “fusão de horizontes” com mais elementos, para utilizar a expressão de Gadamer) do que o simples texto normativo o espaço interpretativo daqueles que devem seguir o precedente, reduzindo a chance de disparidades.

Ponto importantíssimo, ainda, diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso. Se qualquer juiz tem a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma lei e não há uma uniformidade de orientação entre os juízes, jurisdicionados em situações fáticas em tudo semelhantes podem ter tratamento totalmente anti-isonômico: a aplicação da lei para um e a inaplicação para outro. Teresa Wambier (2009, p. 171) sintetizou bem a questão:

“A adoção do método difuso de constitucionalidade das leis num país em que não se exige a obediência aos precedentes e em que não há a cultura do respeito a eles está fadada a produzir um quadro caótico, em que a multiplicidade de “pautas de conduta” para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança”.

Diante de todas esses entendimentos, que já não sofrem grande resistência do pensamento jurídico brasileiro atual, fica claro que a resposta do Judiciário às questões jurídicas que lhe são postas devem ser sintonizadas, coerentes. Casos idênticos devem ser tratado com a mesma afirmação do Direito pelo Judiciário.

Se a ordem jurídica depende daquilo que é estabelecido pela atividade judicial, seja porque os textos legislativos são insuficientes para regular as relações sociais, seja porque a norma é reconstruída pelo Judiciário na solução que dá às controvérsias, seja porque decisões díspares podem gerar desigualdade entre jurisdicionados que mereceriam o mesmo tratamento (o que fica patente no controle difuso de constitucionalidade), é imprescindível que a sua participação do Judiciário no contínuo processo de construção de Direito seja organizada e coerente (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 36).

O Judiciário deve funcionar como um sistema harmônico. Seus diversos órgãos devem trabalhar em conjunto. Devem ter a consciência de que também são responsáveis pela promoção da previsibilidade do Direito para a população, de que qualquer jurisdicionado que necessite de uma resposta do Estado-juiz obtenha o mesmo tratamento de todos os outros que

se encontrem em idêntica situação, de que os posicionamentos para novas questões devem zelar pela coerência e unidade do Direito.⁴

Por tais razões, é possível ver que também no Brasil, que possui fortes vínculos com o sistema romano-germânico, há motivos suficientes para se ter um grande respeito pelos precedentes judiciais, pela harmonia do Judiciário no dizer o Direito. Realmente, é dessa tradição o dogma de que o juiz apenas repete o que já está determinado na lei, mas ele já não se sustenta e seus consectários lógicos – a saber, a despreocupação ou baixa preocupação com a diversidade jurisprudencial – devem ser definitivamente extirpados da consciência jurídica do operador do Direito brasileiro.

De fato, não se olvida que o respeito aos precedentes está muito ligado, historicamente, à tradição de *common law*. Em países como Estados Unidos e Inglaterra, já há um grande avanço nos estudos acerca dos mecanismos de aplicação dos precedentes, mas isso não é motivo para que não se busque esse respeito também no Brasil. O que realmente dificulta a adoção em nosso país é a barreira cultural. Nossa realidade ainda é de descaso em relação aos precedentes. O desafio é grande, mas não nos deve impedir de envidar esforços para o aperfeiçoamento de nossa ordem jurídica.

2.3 Razões para respeitar os precedentes judiciais

Optamos por abrir este tópico específico apenas para dar destaque às razões de se respeitarem os precedentes judiciais, porque as mais palpitantes já devem estar sendo percebidas e deduzidas pelo leitor ao longo do trabalho: a segurança jurídica e a igualdade. Esses princípios foram consagrados por nossa Constituição (art. 5º, *caput*) e são elementares a qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito.

Pouca atenção ainda é dada no Brasil, contudo, à segurança jurídica e à isonomia diante das decisões judiciais, o que é inaceitável diante dos vários aspectos vistos no item anterior que conformam o Direito contemporâneo.

⁴ Apesar de tais conclusões, não precisamos nos comprometer com a tese de que o juiz cria o Direito e não apenas o declara. Na verdade, a tomada de posição nessa questão não é importante para a defesa de um sistema de precedentes. Nos Estados Unidos, a discussão sobre a questão atravessou gerações, mas a valorização dos precedentes permaneceu imune por ambas. Para um aprofundamento no assunto, ver Marinoni (2011, p. 89-91).

A segurança jurídica é um pilar fundamental do Direito. Uma das maiores necessidades do homem é ter uma boa dose de previsibilidade acerca do funcionamento do mundo em que está imerso, de modo que possa planejar bem seus projetos de vida, que possa estabelecer metas de médio e longo prazo. Famosas são as lições de Canotilho (2000, p. 256) sobre o princípio:

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos.”

A importância da previsibilidade das decisões judiciais é muito bem demonstrada por frase que se tornou célebre no direito inglês: “as pessoas não podem ser ‘como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge seu nariz’” (CAENEGEM *apud* WAMBIER, 2009, p. 129)

Obviamente, no mundo globalizado há certas relações que mudam muito rapidamente. O avanço da tecnologia gera novas situações. A economia é bastante dinâmica. Mas mesmo nesses campos a estabilidade é um fator relevante. As mudanças nem sempre serão tão relevantes a ponto de mudar a ordem jurídica. Vejam-se as palavras de Fábio Ulhoa sobre a influência perniciosa que a instabilidade das decisões judiciais podem causar na economia:

“Na economia globalizada, os investidores têm o mundo todo para investir e norteiam suas decisões levando em conta também a estabilidade dos marcos institucionais nos países que escolhem. Se o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais num certo país é mais acentuado que em outro, este último aparecerá como alternativa mais interessante para o investimento. A estabilidade do marco institucional é fator de atração de investimentos sadios. Se é considerável o risco de a norma regente do investimento não ser aplicada pelos Tribunais ou receber neles uma nova interpretação, o investidor não terá o retorno estimado e tenderá a redirecionar suas opções para outros países, em que tais distorções sejam menos frequentes.

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do

risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, risk makers, interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno” (COELHO, 2011)

Como se viu no item anterior, as novas técnicas legislativas, o papel do juiz na interpretação do Direito e o controle de constitucionalidade são fatores que demonstram o papel determinante do Judiciário no esclarecimento do Direito que regula a vida em sociedade⁵. Não há utilidade em conhecer a lei ou a doutrina para o planejamento de condutas se o Poder que soluciona os conflitos com definitividade muda constantemente sua orientação sobre as leis. (SOUZA, 1996, p.83-84).

É necessário, portanto, um sistema que torne as decisões estáveis, de modo o Direito possa realmente ser conhecido pelas pessoas. Como afirma Summers *apud* Marinoni (2011, p. 172):

“Uma prática de se seguir os precedentes contribui em maior medida para uma coerência e intelegibilidade no direito do que exercícios de poder *ad hoc* e desprovidos de padrão. A coerência e a intelegibilidade são desejáveis por dois motivos: elas tornam o direito mais ‘acompanhável’ [*followable*] e também mais suscetível à avaliação racional e à crítica.”

Há muitas vantagens decorrentes de orientações jurisprudenciais estáveis no próprio âmbito do Direito. Desestimula a litigiosidade, porque as pessoas terão a tendência de não enfrentarem os custos pessoais e financeiros de enfrentarem um processo quando provavelmente sua pretensão será rejeitada em juízo. Por outro lado, estimula também as resoluções de controvérsias consensuais, pois ambas as partes poderão ponderar melhor as vantagens e desvantagens da litigiosidade.

⁵ “Deve-se ter presente que um dos mais significativos valores funcionais do direito é o da certeza, particularmente vista sob a ótica da previsibilidade, para se identificar a conduta a ser observada em decorrência de determinado comando normativo. As normas são vocacionadas a comportarem uma única interpretação numa mesma quadra histórica. A dualidade de interpretações conspira contra a segurança-previsibilidade. Todavia, como as normas são interpretadas e aplicadas por muitos magistrados, essa unidade de entendimento, no mesmo segmento temporal e à luz das mesmas circunstâncias, não incomumente se desfaz. E, especialmente, essa circunstância (de a norma ser aplicada por vários juízes), no sistema atual, gera uma dispersão de entendimentos que, por sua vez, ocasiona insegurança jurídica” (ALVIM, 2008, p. 1.147).

Consequentemente, há um benefício também para a Administração da Justiça, que não se verá assoberbada de processos desnecessários e que poderá, assim, concentrar seus esforços em oferecer uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva aos demais casos⁶.

Passando à promoção do princípio da isonomia, os pontos vistos no tópico anterior também nos levam facilmente a perceber como é importante que os indivíduos não sejam iguais apenas perante a lei, mas também diante das decisões judiciais. Fere o senso de justiça de qualquer leigo que dois casos idênticos sejam decididos de maneira diversa. Merecem repetição as palavras de Giovanni Criscuoli: “o postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma (*treat like cases alike*) constitui um princípio universal da administração da justiça, já conhecido e respeitado na Babilônia antes mesmo do reino de Hamurabi”.

O tratamento isonômico tem conseqüências diretas na legitimidade da função jurisdicional e na credibilidade do Poder Judiciário. Tem razão Marinoni (2011, p. 174-176) quando defende que não é a simples racionalidade interna da decisão (a fundamentação) que garante a imparcialidade dos magistrados, mas sim a racionalidade com que eles exercem o poder jurisdicional. Muitas vezes há bons argumentos para decidir de diferentes formas. Se for admissível “decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade⁷”.

⁶ Sidnei Beneti demonstra que a dispersão judicial acentua a multiplicação de processos, e estes contribuem para a dispersão (2006, p. 473-487). Vale a transcrição da síntese do problema por Evaristo Aragão (2010, p. 43): “Dos desgastes gerados pela não atribuição de força ao precedente judicial e da ignorância da função diretiva que inegavelmente lhe é intrínseca, talvez o mais visível seja, justamente, o crescimento exponencial do volume de demandas (no que aqui incluo, sem maiores rigores técnicos, todos os desdobramentos recursais). É um círculo vicioso: a desatenção ao posicionamento do sistema, encorajando o jurisdicionado a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do Judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais julgamentos díspares, os quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência ao entendimento já fixado pelo sistema, renovando as expectativas daqueles que contra ele reagem e assim por diante”.

⁷ Marinoni (2011, p. 176-177) transcreve em sua obra trecho de decisão da Corte Constitucional Colombiana na Sentencia 047/99, que, por reforçar as razões expostas no texto de maneira brilhante, merecem transcrição: “El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una

Algumas divergências judiciais não poderão ser evitadas. Não há como defender que o entendimento de um determinado órgão jurisdicional seja imposto a outro situado no mesmo plano da estrutura judiciária, mas mesmo nesse caso o último órgão deverá grande deferência em relação à orientação firmada pelo primeiro. Fora dessa situação excepcional, é exigível que um órgão respeite seus próprios precedentes e que os órgãos inferiores e vinculados a ele também o façam. O tema da organização estrutural do Judiciário para o respeito aos precedentes será melhor tratada nos capítulos seguintes.

manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos”.

3. ESTRUTURA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO PARA O RESPEITO AOS PRECEDENTES À LUZ DA SISTEMÁTICA DE JULGAMENTO POR AMOSTRAGEM: RAZÕES JURISPRUDENCIAIS QUE FORTALECEM A IDEIA DE SISTEMA PRECEDENTALISTA ENTRE NÓS

O legislador brasileiro implementou diversas reformas processuais nos últimos anos que valorizam a jurisprudência dos tribunais. São exemplos de inovações no Código de Processo Civil nesse sentido a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º), o julgamento monocrático pelo relator (arts. 557 e 544, §§3º e 4º), a improcedência *prima facie* (art. 285-A) e o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais (arts. 543-B e 543-C). Não se pretende comentar cada um desses institutos reforma. Pretende-se apenas discutir a repercussão dessas escolhas legislativas na adoção de um sistema precedentalista.

Na delimitação deste trabalho monográfico, optamos por trabalhar especialmente com a sistemática do julgamento por amostragem, sobretudo no STF. A escolha do STF se deu por dois motivos: em primeiro lugar, por ser o tribunal mais importante do país, o principal guardião da Constituição no âmbito do Poder Judiciário; em segundo, porque os recentes julgados do tribunal estão recheados de ideias que podem contribuir bastante para a consolidação de um sistema precedentalista bem estruturado⁸.

O enfoque será em relação a temas que foram diretamente tratados na fundamentação dos votos e discussões dos ministros. Não seguimos a ordem com que as posições aparecem nos julgados, e sim procuramos dividi-las (acrescentando alguns aportes doutrinários) pelos pontos que são interessantes à funcionalização que se deve fazer da estrutura do Judiciário para que este trabalhe em conjunto e da única forma viável a garantir segurança jurídica, isonomia e Justiça eficiente ao jurisdicionado.

⁸ Apesar de alguns ministros terem protagonizado as discussões, a exemplo de Gilmar Mendes e Ellen Gracie, a análise do inteiro teor dos julgados confirma que as razões têm sido acatadas pelos demais ministros. Em pesquisa no sítio do STF, no *link* referente a repercussão geral, encontram-se orientações condizentes com as que aqui serão expostas, inclusive com referência aos julgados aqui abordados. Isso comprova que as posições são institucionais, e não apenas de alguns componentes da Corte (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo>).

3.1 Função das Cortes Superiores. Destaque para a objetivação do recurso extraordinário

A competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é exaustivamente tratada na Constituição. A doutrina destaca como primordial nessas competências as funções, respectivamente, de guarda da Constituição e de uniformização da legislação federal. Alguns autores inclusive criticam a escolha do constituinte de atribuir tarefas não diretamente relacionadas com essas, a exemplo de Oscar Vilhena Vieira (2009, p. 500), que sugere mudanças institucionais no Supremo:

“[...] Este não pode continuar atuando como corte constitucional, tribunal de última instância e foro especializado. Este acúmulo de tarefas, que na prática apenas se tornou factível graças à crescente ampliação das decisões monocráticas, coloca o Supremo e seus Ministros numa posição muito vulnerável. [...] É fundamental que o Supremo seja liberado de um grande número de tarefas secundárias, para exercer a sua função precípua de jurisdição constitucional. Isto não significa adotar o modelo europeu de controle de constitucionalidade, mas sim dar seguimento a nossa experimentação institucional, que compõe o sistema difuso com o concentrado. Com a arguição de repercussão geral, o efeito vinculante e a súmula vinculante, o Supremo terá condição de redefinir a sua própria agenda e passar a utilizar o sistema difuso como instrumento de construção da integridade do sistema judiciário e promoção do interesse público. Definitivamente não é necessário analisar cada recurso extraordinário e muito menos cada agravo de instrumento que chega ao Tribunal, todos os dias. Ao restringir a sua própria jurisdição, ao se auto-conter, o Supremo estaria ao mesmo tempo reforçando a sua autoridade remanescente e, indiretamente, fortalecendo as instâncias inferiores, que passariam, com o tempo, a ser últimas instâncias, nas suas respectivas jurisdições. É preocupante a posição de subalternidade a que os tribunais de segunda instância foram relegados no Brasil, a partir de 1988, quando as suas decisões passaram a ser invariavelmente objeto de reapreciação”.

As palavras do exímio constitucionalista mereceram transcrição porque o Supremo vem seguindo exatamente essa. Na QO no AgIn 760.358/SE, de 19.11.2009, o Min. Gilmar Mendes iniciou seu voto como relator destacando que a sistemática do julgamento por amostragem instituída pela Lei 11.418/06 traduz a segunda fase da aplicação da reforma constitucional que instituiu a repercussão geral, dando origem a um novo modelo de controle difuso de constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário.

O julgamento por amostragem, em apertada síntese, consiste na aplicação aos processos múltiplos do entendimento de mérito firmado pelo STF. Tal aplicação deve ser feita

pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, mediante juízo de retratação ou declaração de prejuízo (art. 543-B, §3º, do CPC). Nas palavras de Gilmar Mendes:

“Trata-se da utilização dos leading cases para a solução de processos que versam sobre idênticas questões constitucionais e que, segundo o regime legal, não devem ser remetidos a esta Corte, e sim, nos termos do §3º, do art. 543-B, solucionados no âmbito dos tribunais e turmas recursais de origem, mediante juízo de retratação ou declaração de prejuízo⁹”.

Uma grande preocupação nas recentes reformas processuais é o absoluto assoberbamento de processos que sobem à análise do STF e do STJ pela via dos recursos extraordinário e especial. O julgamento por amostragem foi uma investida do legislador para tentar reverter a situação caótica que se instalou nessas Cortes¹⁰.

A redução de processos é uma clara meta dos ministros do Supremo. Isso se percebe não só do julgado mencionado, como de outros pesquisados, como a AC 2.177-MC-QO/PE, rel. Min. Ellen Gracie, a Rcl 11.250-AgR/RS, rel. Min Ricardo Lewandowski e a Rcl 10793/SP, rel. Min. Ellen Gracie (os dois últimos já de 2011)¹¹.

É evidente que o desafogamento da Suprema Corte não pode ser considerado um fim em si mesmo, e sim um objetivo intermediário para que seja humanamente possível que os ministros se dediquem à verdadeira finalidade da Corte, imposta pela CRFB/88: a guarda da Constituição (art. 102, *caput*).

As reformas constitucionais empreendidas pela EC 45/2004, no tocante à instituição da repercussão geral e da súmula vinculante, tornaram ainda mais evidente que, quando o mencionado dispositivo constitucional diz competir ao Supremo, precipuamente, tal guarda e, em seguida, arrola suas competências específicas, a palavra “precipuamente” não

⁹ CPC, art. 543-B, § 3º: Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. ([Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006](#)).

¹⁰ O julgamento por amostragem foi instituído para o STF pela Lei 11.418/06, que acrescentou o art. 543-B ao CPC. Mais tarde, a Lei 11.672/08 acrescentou o art. 543-C para instituir o julgamento de causas repetitivas no STJ. A sistemática é muito semelhante. O diferencial é que os novos recursos extraordinários só são apreciados pelo STF quando apresentam repercussão geral, o que permite à Suprema Corte fazer uma triagem de relevância da questão objeto do recurso tanto de uma perspectiva quantitativa como qualitativa. Muitos lamentam que a reforma do Judiciário não tenha contemplado o recurso especial com semelhante requisito, o que poderia racionalizar em maior medida a atividade da Corte Superior e valorizar o papel dos tribunais de segunda instância para darem a palavra final em muitos casos.

¹¹ Todos esses julgados, em resumo simplificado, foram no sentido de não conhecer ações cautelares, recursos extraordinários, agravos de instrumentos ou reclamações em processos que deveriam ser definitivamente julgados pelos órgãos inferiores, em consonância com a nova sistemática. No ponto seguinte esclareceremos melhor a problemática enfrentada nesses casos.

quer significar que há outros objetivos além da guarda, como a tutela concreta dos direitos das partes: essa afirmação merece elucidação, para que não seja mal compreendida.

O acesso à Justiça, a tutela de direitos adequada e efetiva de todo aquele que sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito, a garantia dos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, devem ser preocupações centrais do Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB/88), pois é justamente esse o *locus* onde as teorias do constitucionalismo contemporâneo buscam situar a atividade desse Poder e sua legitimidade democrática.

O que se quer dizer, e é isso o que foi afirmado no voto condutor do Min. Gilmar Mendes na QO no AgIn 760.358/SE, é que o fundamento das reformas constitucionais e legislativas que justifica a redução do número de processos no STF é a consolidação desse tribunal como autêntica Corte Constitucional, ao invés de ser uma terceira ou quarta instância dos milhões de processos que tramitam no Brasil.

Em outras palavras, a tendência do STF é o abandono do papel de Corte de revisão, para que se torne humanamente viável que os ministros se debrucem sobre casos de notável relevância constitucional, de modo que possam produzir decisões paradigmáticas, fruto de profunda reflexão e fundamentação necessárias para influenciar a atividade de todo o Judiciário brasileiro¹². Através dessas decisões é que o Tribunal influenciará, num papel didático, que os outros órgãos jurisdicionais prestem a adequada tutela jurisdicional às partes em cada caso concreto, com a devida valorização de seus direitos fundamentais e das demais normas constitucionais. Nesse sentido é o voto da Min. Ellen Gracie, na Rcl 10.793/SP, de 13.04.11:

“[...] O legislador, contudo, não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. O instituto da repercussão geral sobreveio como instrumento para desafogar o Supremo Tribunal Federal e racionalizar a sua atividade jurisdicional, restringindo o conhecimento dos recursos extraordinários àqueles que apresentem questão constitucional de tal relevância que sua solução seja do interesse da sociedade e não apenas das partes. Daí porque se tem falado na objetivação do julgamento dos recursos extraordinários a partir da implantação do requisito da repercussão geral”.

Não há a menor racionalidade em se ter uma estrutura judiciária organizada em níveis onde as demandas se iniciam normalmente por milhares de órgãos espalhados para

¹²“A Constituição, ao criar a competência recursal especial e extraordinária, excluiu o mero caráter revisor de tais recursos; quis, na verdade, instituir uma instância de análise e proteção do ordenamento federal, em prol da uniformidade de interpretação do direito pátrio” (CONCEIÇÃO, 2010, p. 243).

atender a todos os jurisdicionados se todos os processos podem chegar a um único órgão central e superior na estrutura. A este deve caber, isso sim, decidir algumas questões de importância manifesta, cuja fundamentação oriente a resolução definitiva das diversas demandas espalhadas pelos órgãos inferiores da estrutura ramificada. Isso significa, em outras palavras, um sistema de precedentes, em que os órgãos inferiores aplicam o entendimento de órgãos superiores a casos análogos. É nesse contexto que se entende a afirmação de Marinoni (2011, p. 138):

“A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes vinculantes”.

É nesse contexto que se deve entender o fenômeno da chamada “objetivação” do recurso extraordinário, expressão mencionada por Celso de Mello em seu voto que endossou o da relatora Min. Ellen Gracie na AC 2.177-MC-QO/PE. A “dimensão objetiva” do recurso significa que os recursos excepcionais (extraordinário e especial) servem, prioritariamente, para a proteção do Direito Objetivo. No caso do extraordinário, para a salvaguarda da ordem dos valores constitucionais. A revisão do caso específico levado ao conhecimento da Corte está em plano secundário, tanto é que o recurso só será admitido se o recorrente “[...]demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei[...]” (art. 102, §3º, da CRFB/88)¹³.

Há íntima relação dessa objetivação com a imprescindibilidade de respeito aos precedentes judiciais. Comprovando isso, veja-se outro trecho da fundamentação empreendida pela Min. Ellen Gracie na Rcl.10.793/SP:

¹³ “[...] Esse 'ir além' do interesse direito e imediato do recorrente e recorrido é, de resto, uma característica básica dos recursos de estrito direito, por isso mesmo ditos excepcionais, permitindo hoje falar-se numa objetivação do recurso extraordinário, por isso que nele sobreleva a finalidade de interesse público, sem embargo de que o STF [podendo-se dizer o mesmo do STJ] ao decidir o mérito do recurso, deflagra o efeito substitutivo (art. 512 do CPC), assim 'aplicando o direito à espécie': art. 324 do RISTF” (MANCUSO, 2006, p. 195).

“[...]é inerente¹⁴ ao sistema inaugurado pela EC 45/2004 que decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculem os demais órgãos do Poder Judiciário no que diz respeito à solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.

Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. Se assim não for, admitidas decisões díspares do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em processos com repercussão geral, haverá gradativamente o enfraquecimento de toda a sistemática estabelecida pelo Congresso Nacional.

[...]

A construção de um sistema novo e, mais que isso, a implantação efetiva de uma noção de sistema no Poder Judiciário, – até bem pouco concebido por seus operadores como um conjunto de instâncias divorciadas entre si, formando verdadeiro arquipélago –, exige desta Corte um trabalho didático importante.”

O trabalho didático a que se refere a ministra é diretamente vinculado ao papel do STF como guarda da Constituição. A força normativa da Carta estaria prejudicada se cada membro do Poder Judiciário pudesse interpretá-la a seu próprio modo. Apesar de a visão uniforme da Carta ser utópica, notadamente pela textura aberta de seu texto e pelo pluralismo de valores nela contidos, não se pode deixar de caminhar na direção dessa homogeneidade, sob pena de se instalar um completo caos judicial. E é evidente o destaque do Supremo nesse processo, não só pela determinação constitucional como por ser o órgão de cúpula do Judiciário: o melhor posicionado na estrutura para desempenhar tal função, visto que somente um órgão superior e ao qual se vinculassem os demais poderia uniformizar o entendimento destes.

¹⁴ A palavra “inerente” merece destaque, porque segue o mesmo raciocínio de Marinoni. O dever funcional de cada magistrado de respeitar os precedentes dos órgãos superiores decorre do próprio papel a estes atribuídos pela Constituição. Decorre, ainda, dos princípios constitucionais basilares ao Estado Democrático de Direito da segurança jurídica e da isonomia diante das decisões judiciais e, ainda, da sistemática instituída pelo legislador do CPC. Não é necessário um texto dizendo expressamente que as decisões devem ser seguidas.

3.2 A confiança nos órgãos jurisdicionais encarregados de aplicar o entendimento firmado e a valorização do papel destes no sistema

Se ao Supremo cumprirá examinar cada questão constitucional apenas uma vez, os órgãos jurisdicionais inferiores assumirão maior importância no sistema, porque a eles incumbirá o dever de aplicar o entendimento fixado a cada caso que eles considerarem idêntico ao do *leading case*. Segundo Gilmar Mendes (QO no AgIn 760.358/SE), a competência dos juízos inferiores não se trata de delegação para exame do recurso extraordinário, e sim:

“[...] de competência para adequar os casos individuais ao decidido nos leading cases, mediante: a) registro de automática inadmissibilidade (§5º do art. 543-A) ou indeferimento liminar dos recursos sobrestados (§2º do art. 543-B), cujas matérias se identifiquem como aquelas em que se tenha negado repercussão geral; b) registro do prejuízo dos recursos contra decisões conformes à jurisprudência da Corte em matéria cuja repercussão geral já foi assentada e que já teve o mérito julgado; e c) juízo de retratação, nos casos em que a repercussão geral já foi assentada e cujo julgamento posterior de mérito, pelo STF, resulte contrário a que chegou a Corte de origem, na decisão objeto de recurso extraordinário”.

Ou seja, O STF só apreciará um caso relacionado a um já decidido em julgado-paradigma em duas hipóteses: se os próprios órgãos jurisdicionais inferiores procederem à distinção entre os casos (*distinguishing*) ou se os mesmos, apesar de reconhecerem a identidade entre o julgado-paradigma do Supremo e o caso concreto, se recusarem a aplicar o entendimento daquele a este (543-B, §4º, CPC)¹⁵.

É coerente o Min. Gilmar Mendes (QO no AgIn 760.358/SE, p. 1731) quando afirma que o órgão jurisdicional inferior só poderá se recusar a aplicar a *ratio decidendi* do *leading case* a caso idêntico quando rebater cada fundamento desta decisão:

“[...] Por outro lado, para manter decisão contrária a esta Corte na mesma questão constitucional, ou seja, quando se for negar a retratação, será indispensável enfrentar cada um dos fundamentos aqui adotados, de forma a demonstrar a necessidade de revisão do quanto decidido no *leading case*.”

¹⁵ CPC, art. 543-B, § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. [\(Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006\).](#)

A Corte Especial do STJ decidiu no mesmo sentido, enfatizando que, para que os tribunais *a quo* decidissem não se retratar, deveriam rebater cada argumento estabelecido do recurso paradigma do STJ. Não se poderia simplesmente encaminhar os autos ao STJ com mera tira de julgamento de três linhas, onde se comunica simplesmente a manutenção da decisão, pois isso é uma afronta ao objetivo da lei do recurso repetitivo: a sistematização do trabalho do Judiciário. Salientou-se que a nova sistemática carece de uma complementação na legislação pertinente, porque não se explicitou seu caráter vinculante, que estaria subentendido, contudo, na sua “*ratio essendi*”¹⁶. Ou seja, os órgãos jurisdicionais inferiores devem-se restringir a não aplicar o precedente dos tribunais superiores apenas nos casos de “*anticipatory overruling*”.

A questão que tem causado incômodo a alguns nessa nova distribuição de papéis entre as Cortes superiores e os órgãos jurisdicionais intermediários surge na hipótese em que há indevido sobrestamento ou aplicação de orientação firmada em julgado-paradigma a um caso diferente daquele versado no recurso representativo. Como evitar essa aplicação errônea do instituto do julgamento por amostragem?

Essa foi a questão de fundo que movimentou as discussões no Supremo nos julgados citados. Caberia recurso extraordinário, agravo de instrumento, reclamação, enfim, algum meio de impugnação diretamente ao STF para que este fizesse valer adequadamente sua orientação?

O Tribunal pacificou, por ampla maioria, que a questão deve ser resolvida definitivamente pelos órgãos inferiores, sob o fundamento de que a admissão de impugnação dirigida ao STF contrariaria os objetivos das reformas processuais de racionalizar a atividade do Supremo. Se fosse aceita alguma impugnação, ao invés de redução, haveria duplicação de processos, o que tornaria preferível a sistemática anterior à reforma. Decidiu-se, então, que apenas na hipótese de as Cortes inferiores decidirem manter decisão contrária ao *leading case* o recurso extraordinário seria processado nos seus moldes tradicionais, por ser exceção estabelecida no próprio art. 543-B, §4º, do CPC.

Essa orientação preocupa a muitos, visto que os órgãos encarregados de aplicar a *ratio decidendi* estabelecida pelo Supremo terão a possibilidade de dar soluções imerecidas a

¹⁶ Informativo 419 do STJ. Decisão unânime na Questão de Ordem nos REsp 1.148.726, 1.146.696, 1.153.937, 1.154.288, 1.155.480 e 1.158.872, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 10.12.2009

certos casos, a pretexto de fazer valer a orientação da Corte Constitucional. Veja-se, por exemplo, a opinião do Min. Marco Aurélio no AgR na Rcl 11.250/RS:

“Presidente, reafirmo o que veiculei. Deve haver instrumental para corrigir-se óptica distorcida quanto à repercussão geral, sob pena de transformarem-se os tribunais do País em verdadeiros “Supremos” e abrir-se mão da nossa atribuição precípua, que é a guarda da Constituição.

[...] Tenho tomado conhecimento de situações jurídicas em que se empresta ao pronunciamento do Supremo sentido que não tem e se deixa, portanto, de permitir o trânsito do recurso extraordinário ao Supremo.

[...] não se pode, a pretexto de ter-se pronunciamento do Supremo numa repercussão geral, em caso diverso, com balizas próprias, obstaculizar a vinda do processo ao Supremo.”

Por tais razões, o ministro entendeu, vencido, que deveria caber agravo de instrumento ou reclamação ao Tribunal. Não caberia, segundo ele, potencializar o pragmatismo, “imaginando-se que as partes virão a utilizar o instrumental de forma abusiva para tentar, de alguma forma, chegar ao Supremo”. Didier Jr. e Cunha segue a mesma linha (2011, p.317-318):

“A demonstração de que há um *distinguishing* ou um *overruling* deve ser feita perante o tribunal superior, e não perante o tribunal local. Parece mais adequado que se admita uma reclamação constitucional ao tribunal superior para que determine ao tribunal local que não mantenha o recurso sobrestado, por não versar sobre o mesmo assunto do recurso escolhido para julgamento por amostragem ou por não se lhe aplicar mais o precedente, em razão de um novo contexto fático ou normativo. Manter um recurso indevidamente sobrestado equivale, em última análise, a usurpar competência do tribunal superior, a quem cabe verificar se realmente o caso escolhido para julgamento por amostragem há ou não de se aplicar aquele que foi sobrestado pelo tribunal de origem.”

Os ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie reconheceram a dificuldade, mas admitiram como remédio para o problema apenas o cabimento de agravo interno para a própria Corte de origem. Veja-se trecho do voto da ministra na Rcl. 7659/SP, de 19.11.2009:

“[...] Tanto o §5º do art. 543-A, quanto o *caput* do art. 543-B, ambos do Código de Processo Civil, estabelecem a aplicação da decisão sobre a existência ou não de repercussão geral a **matérias idênticas**. As instâncias originárias somente estão autorizadas a aplicar o entendimento fixado por esta Corte. Se não o fizerem, em juízo de retratação, ficam obrigadas a enviar-nos os agravos interpostos pelas partes. Mas não há qualquer previsão legal ou regimental para a **extensão por analogia** de hipótese de repercussão geral reconhecida ou não pela Corte. O que justifica todo o

novo sistema de racionalização da Justiça é que hipóteses idênticas recebam a mesma solução. É dizer, não estão os tribunais ou instâncias de origem autorizados a aplicar o instituto da repercussão geral a casos distintos, embora assemelhados.

[...]

Penso não ser adequada a ampliação da utilização da reclamação para correção de equívocos na aplicação da jurisprudência desta Corte aos processos sobrestados na origem. Isso acarretaria aumento da quantidade de processos distribuídos e desvirtuamento dos objetivos almejados com a instituição do mecanismo da repercussão geral.

[...]

Todavia, as partes não podem ficar à mercê de indevidas aplicações do salutar instituto da repercussão geral. É preciso que o Tribunal, desde já, sinalize ao sistema judiciário a fórmula para solução desses impasses (grifos do original).”

Embora reconheçamos que existe um risco de os órgãos inferiores não apliquem os precedentes de forma idêntica ao poderiam fazer as Cortes superiores, concordamos com a orientação do STF. Na linha do que expusemos no item anterior, é impossível que uma só Corte tenha que revisar as decisões de diversos outros órgãos judiciais. Diante disso, é inevitável que estes dêem a última palavra em muitos casos. O contrário equivale a fazer do acesso à Justiça e da duração razoável do processo letra morta na Constituição, com a eternização das demandas. Deve-se, portanto, valorizar as instâncias inferiores e confiar na sua atuação. Conforme Gilmar Mendes(QO no AgIn 760.358/SE, p. 1731):

“Houve uma opção política na reforma constitucional. Temos que assumir definitivamente a função de Corte Constitucional e abandonar a função de Corte de Revisão. **Temos que confiar na racionalidade do sistema e na aplicação de nossas decisões pelas Cortes de origem**” (grifos nossos).

Essa valorização ocorrerá em decorrência da grande responsabilidade de definir o que são casos idênticos e o que são casos diferentes. A distinção não é tão simples como pode aparentar. Poderíamos escrever idênticos entre aspas, porque autores como Frederick Schauer ensinam que dificilmente um acontecimento levado ao conhecimento do Judiciário será exatamente igual a outro. A identidade dependerá da categorização de certas circunstâncias que possam ser substituídas por outras sem alteração substancial. (SCHAUER, 1987 *apud* Marinoni, 2011, p. 251-253). “No sistema de *common law*, se reconhece que os casos nunca são absolutamente idênticos. O que acontece, de fato, é que são consideradas algumas características de um caso como sendo relevantes e outras não”. (WAMBIER, 2009, p. 129).

Além disso, em vários casos será grande a importância das decisões posteriores para a delimitação de um precedente, o que também realça o papel fundamental dos órgãos aplicadores dos precedentes (SILVA, 2010, p. 160). A aproximação ou a diferenciação de casos semelhantes importará no alargamento ou na compressão do precedente. O Tribunal que estabelece o paradigma pode atenuar o poder daquele que faz essa posterior delimitação se, desde logo, se preocupar em estabelecer parâmetros mais objetivos de delimitação. Entretanto, se a premissa é a de que o Supremo não poderá analisar cada caso semelhante àquele em que tenha fixado o precedente, fatalmente a atividade de delimitação do precedente será continuada pelos demais órgãos do Poder Judiciário, em alguma medida.

Pode-se pensar que essas últimas considerações anulam a importância do respeito aos precedentes, afinal, os diferentes órgãos poderão dar contornos diferentes aos precedentes fixados pelo órgão superior, gerando disparidades de tratamento e insegurança jurídica. Realmente, isso pode acontecer, mas pelo menos a orientação balizará o espaço de atuação dos órgãos judiciais, estabelecerá parâmetros que podem fazer com que essas divergências jurisprudenciais ao menos diminuam bastante.

3.3. Uma nova noção de sistema judiciário em formação?

No capítulo um, viu-se como mudou a percepção da atividade do Judiciário em dizer o Direito. Daí, a promoção de importantes princípios constitucionais e a própria otimização do trabalho pelo Judiciário dependem de que este tenha uma posição firme e uniforme sobre as questões jurídicas que são levadas a sua apreciação.

A importância deste capítulo para o presente trabalho está na concepção de que todos os magistrados do Poder Judiciário brasileiro devem estar envolvidos no processo de respeito aos precedentes. Toda decisão judicial que envolva questão de direito deve ser vista como imersa num sistema que respeita seus precedentes. E todos os órgãos jurisdicionais desempenham importante função nesse processo.

Como disse a Min. Ellen Gracie em passagem já transcrita linhas atrás, quer-se implantar no Brasil um Poder Judiciário que funcione como sistema, em que cada órgão

desempenha sua função trabalhando em conjunto para o bom funcionamento de um organismo harmônico.

Não se pode mais aceitar que cada juiz seja visto como uma ilha de um arquipélago, desconsiderando o que acontece nas outras. O Judiciário se faz de pessoas, mas elas não estão investidas na função para fazerem valer seu próprio senso de justiça, mas sim para participar do processo em que o Judiciário uno diz o Direito com o devido respeito a toda a sociedade. A noção de independência do juiz precisa ser reconstruída¹⁷. O respeito ao Direito deve incluir necessariamente o respeito aos precedentes.

Ficou demonstrada a clareza de que é imanente o dever funcional de obediência aos entendimentos firmados nas Casas que são as maiores responsáveis e as únicas capazes, por estarem em posição superior e que centraliza a ramificação Judiciária, de protagonizar a defesa da força normativa da Constituição e a correta aplicação da lei federal.

Outro ponto muito caro à funcionalização racional de um sistema judiciário organizado de maneira escalonada: o dever de obediência não está necessariamente atrelado à existência de um mecanismo de correção das decisões. Os órgãos encarregados de aplicar os precedentes que vêm de cima são valorizados por darem um ponto final ao caso, mas isso não lhes tira a responsabilidade de observá-los fielmente.

É absolutamente irracional permitir que os juízes decidam da maneira como bem entendam e que, ao mesmo tempo, haja meios de impugnação intermináveis dessas decisões. A tendência é a sobrecarga de trabalho no órgão que recebe recursos dos vários outros a ele vinculados. Ao mesmo tempo, o jurisdicionado percorre verdadeira *via crucis* para fazer valer o entendimento já firmado por aquele órgão superior. Se só o último órgão do sistema recursal merece confiança, melhor que só ele existisse, em consideração à duração razoável do processo e à eficiência. Como isso é inviável, surge a necessidade de mudar esses dois fatores:

¹⁷ “Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós 1988, se adquiriu a urticária do "autonomismo" , e todo o mundo é comandante e ninguém é soldado, todo o mundo é malho e ninguém é bigorna, todo o mundo tem direito e ninguém tem dever, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juizes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou : "Professor Calmon, onde ficam minha liberdade de consciência e meu sentido de justiça" ? Respondi-lhe, na oportunidade, o que consigno a seguir. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juizes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?” (PASSOS, 2002, p. 15).

obrigar os juízos inferiores a seguir o entendimento firmado pelos superiores e desconfiar menos de que o farão¹⁸.

Deve haver, então, confiança para que os órgãos que aplicam os precedentes decidam quando será o caso de aplicá-los. Se não puderem fazer nem isso, não haverá nenhuma racionalização do sistema recursal. Essa decisão confere-lhes papel fundamental. Quando considerarem os casos iguais, darão a palavra final com a aplicação do precedente. Já quando realizarem o *distinguishing* ou o *antecipatory overruling*, abrirão a possibilidade para que o órgão superior se manifeste mediante recurso da parte interessada.

Escrevemos as linhas deste tópico de modo genérico intencionalmente. É verdade que os fundamentos da maior parte das decisões citadas se deu em questões referentes a uma sistemática instituída especialmente para julgar recursos extraordinários e especiais repetitivos. Mas a lógica deles envolve o sistema judiciário como um todo, clama por um Poder que trabalha em conjunto, cujo sistema recursal é racional e eficiente. Enfim, por um Poder que respeita seus precedentes.

A única particularidade que existe na sistemática de julgamento por amostragem é que ela veio combater um mal bastante influenciado pelo desrespeito aos precedentes: a excessiva quantidade de casos que sobem à análise dos tribunais superiores. Destaquemos a situação do STJ, pelo comentário de Gilmar Mendes:

“O exercício da ampla competência, no âmbito do recurso especial, e a falta de qualquer instrumento de generalização de efeitos das decisões e de seleção de recursos levaram a que o Superior Tribunal de Justiça, em curto espaço de tempo, se defrontasse com crise numérica idêntica ou até mais grave do que aquela que acomete o Supremo Tribunal Feral” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2010).

O respeito aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, além de todas as razões jurídicas para a obrigatoriedade dos precedentes, deveria decorrer de sua “missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal”¹⁹. Marinoni (2011, p. 497) nos adverte do risco que o novel instituto pode causar: de que se pode pensar que a razão do

¹⁸Por não haver a possibilidade de reclamação, “instrumento fundamental para conferir máxima coercibilidade ao precedente” Gilmar Mendes classifica a eficácia das decisões do Pleno do STF em sede de controle incidental como de “efeitos vinculantes tímidos”. Todavia, entendemos que tal impossibilidade não diminui em nada o dever funcional de o magistrado seguir os precedentes. (PERRONE, 2009, p. 92-96)

¹⁹“O que dá característica própria ao STJ são suas atribuições de controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal, consubstanciando-se aí jurisdição de tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo [...]” (J. SILVA, 2005, p. 572).

respeito ao precedente está na nova sistemática, na “agilização dos processos de massa”, em detrimento da já desgastada autoridade natural que deveria ter o tribunal superior.

Riscos como esse têm sido freqüentes na realidade brasileira. São consequência de um dogma de que por termos uma tradição romano-germânica e o *stare decisis* ser instituto que se desenvolveu na *common law*, não poderíamos adotá-lo. Esse dogma nos tem levado ao caos da divergência jurisprudencial sem medida. Muitos juizes não sentem o menor constrangimento em decidir de modo diverso de orientações pacificadas, até mesmo quando não têm bons motivos para tanto²⁰. Precisamos de uma nova consciência jurídica, de respeito aos precedentes. É disso que trataremos no próximo capítulo.

²⁰ “Com Dworkin aprendemos que os Tribunais ao julgar um novo caso devem respeitar a história institucional da aplicação daquele instituto (tese ou caso) como um romance em cadeia, mas permitindo rupturas devidamente fundamentadas e consonante a sua concepção de integridade. No entanto, em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juizes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juizes” (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 43).

4. ALGUMAS CONDIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UM SISTEMA PRECEDENTALISTA NA REALIDADE BRASILEIRA

O movimento de valorização da jurisprudência vem crescendo no Brasil a cada dia. Entretanto, não tem sido acompanhado do devido rigor científico²¹. O Brasil não tem uma cultura jurídica de respeito aos precedentes²².

Muitos juízes brasileiros estão acostumados a pensar que devem respeito exclusivamente à sua própria consciência jurídica e que essa pode ser altamente maleável. Com relação a estes, pensamos que o problema se combate pela difusão das razões dos capítulos anteriores.

Mesmo os que estão um pouco mais à vontade com a ideia de seguir precedentes, podem pensar que só existiria uma verdadeira obrigação quando se tratasse de súmula vinculante. Afinal, é forte o ensino entre nós de que os precedentes são meramente persuasivos, expressão que pode levar o juiz a nem sequer querer pesquisar o entendimento persuasivo, já que ele pode discordar dele. Menos trabalhoso aplicar desde logo seu próprio entendimento.

Outra dificuldade é que mesmo que os juízes entendam que devem respeitar as orientações dos órgãos superiores, não consigam fazê-lo a longo prazo na hipótese de os últimos contrariarem o senso de Direito de toda a comunidade jurídica, o que põe em xeque a credibilidade do sistema de precedentes e, conseqüentemente, sua própria existência.

Por último, não poderá haver sistema precedentalista se os próprios protagonistas da uniformização do Direito no Judiciário não forem capazes de definir que entendimento deverá ser seguido pelos demais órgãos jurisdicionais. Infelizmente, ainda se vê bastante no STF e no STJ decisões que desconsideram anteriores em sentido contrário sem que haja justificativa realmente plausível. Esses são os problemas que queremos enfrentar para

²¹Lênio Streck (2004, p. 510-512) alerta que a importação do *stare decisis* exige muito cuidado, que os precedentes não podem ser aplicados de maneira automática, e sim mediante análise cautelosa. Critica a aplicação de súmulas vinculantes no Direito brasileiro desconectadas dos casos que a ensejaram, tal como se fossem textos legislativos.

²²A falta de investimento em uma cultura precedentalista madura pode-nos levar a buscar excessivamente uma eficiência processual quantitativa em detrimento de uma qualitativa. Se levadas às últimas conseqüências metas de “produtividade” do Conselho Nacional de Justiça, sem que haja a detida análise e aplicação de súmulas (e seus precedentes), aí sim estarão prejudicadas a atividade do juiz enquanto ser pensante e, conseqüentemente, o acesso à Justiça (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 19-24).

contribuir para a conscientização sobre a necessidade do respeito aos precedentes judiciais no Brasil.

4.1 Os precedentes devem passar a ser vistos como obrigatórios

Neste ponto, pretende-se aferir a questão de saber se é possível dizer que no Brasil os precedentes devem ser vinculantes. Para tanto, enfrentaremos três problemas jurídicos que encontramos em nossos estudos que podem indicar uma resposta negativa. O primeiro é que muitos falam que no Brasil os precedentes são meramente persuasivos. O nome do novo instituto do art. 103-A da CRFB/88, chamado de súmula vinculante, também pode sugerir que os demais entendimentos não seriam vinculantes. Há, ainda, entendimento acerca do art. 52, X, da CRFB/88 que vai de encontro a uma eficácia geral dos precedentes do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Diz-se que os precedentes são vinculantes quando devem ser obrigatoriamente aplicados aos casos posteriores. Países como Inglaterra e Estados Unidos adotam precedentes vinculantes. As técnicas de aplicação vistas no capítulo um flexibilizam o sistema por meio da distinção dos casos e da superação dos precedentes, o que torna a eficácia vinculante relativa.

Os precedentes podem também ser classificados como persuasivos. Nesse modelo, o magistrado pode decidir o caso *sub judice* de modo diverso da orientação dada pelo precedente, mas para tanto deve demonstrar que seus fundamentos são melhores (SOUZA, 2006, p. 53).

Segundo Marinoni (2011, p. 117-118), os comparatistas costumam afirmar que, nos ordenamentos de *civil law*, todas as decisões possuem, em maior ou menor escala, eficácia persuasiva. Apesar disso, o autor considera que no Brasil eles não têm tido sequer tal eficácia, visto que ela pressupõe “que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir”. O órgão jurisdicional não pode simplesmente agir como se o precedente não existisse. Deve enfrentá-lo e “apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo”.

O autor diverge e denuncia que a realidade brasileira não chega sequer à consideração dos precedentes para fins de persuasão: “Embora as decisões, no sistema brasileiro, troquem livremente de sinal e não respeitem os julgados das Cortes superiores,

deve-se assinalar que isso constitui uma patologia ou um equívoco que, infelizmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica” (MARINONI, 2011, p. 108)²³.

Entendemos que uma das razões desse desprezo pelos precedentes é justamente o pensamento de que eles são meramente persuasivos. Afinal, se o juiz não vê a adequação de suas decisões aos precedentes como um dever, ele dificilmente se verá na obrigação de levá-lo mais a sério do que uma posição doutrinária qualquer. Se a obediência aos precedentes não é a regra, dificilmente ele gastará seu tempo tentando justificar que suas razões são melhores que a do precedente.

Nossa opinião é a de que os princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da tutela jurisdicional justa e efetiva (art. 5º, *caput* e XXXV, CRFB/88), bem como a necessária racionalidade no trabalho desempenhado pelo Judiciário impõem que os precedentes judiciais no Brasil sejam vistos, em regra, como obrigatórios. Essa visão é a mais coerente com essas razões e é a que mais contribui para que os precedentes sejam levados a sério. Antes de tomar tal posição precisamos enfrentar algumas questões. Vejamo-las.

Primeiramente, um comentário merece ser feito à luz de um texto da processualista Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p. 43):

“Usualmente, em sistemas de *civil law*, um precedente não vincula. Vincula, isso sim, um entendimento que tenha sido adotado por uma quantidade expressiva de acórdãos, durante um certo espaço de tempo. Esta circunstância pode (ou não) gerar a edição de súmula. Em ambos os casos, a vinculatividade é relativa, ou seja, tem uma força razoável de persuasão. Mas é comum que, antes de se chegar a este nível de estabilidade, haja consideráveis discordâncias entre os tribunais.

Muito excepcionalmente, um precedente vincula, no sistema brasileiro. Ocorrem, espontaneamente, os tais *leading cases*. Por outro lado, há o método de julgamento criado pelos arts. 543-B e 543-C, em que o caso “piloto” deve (sob pena de se frustrarem as finalidades dos dispositivos) determinar o teor dos julgamentos dos recursos, cujo procedimento ficará sobrestado.

²³Katja Funken (*apud* THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 43) possui estudo em que se vê que a realidade é diversa em outros países de *civil law*: “[...] a maioria dos tribunais de 'Civil Law' – pelo menos os da Europa – não irão, na prática, simplesmente ignorar seu primeiro julgado. Isto é devido ao fato de que eles não querem minar sua autoridade, corrigindo suas próprias decisões. Um estudo comparativo germano-americano, por exemplo, constatou que, nos quase 50 anos de história do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht), em que publicou cerca de 4.000 decisões, afastou precedentes em menos de uma dúzia de *cases*. Essa consistência é mais notável tendo em conta o fato de que 78 juízes diferentes julgaram neste tribunal durante o período”. Assevera, ainda, que, apesar de na Alemanha e na Espanha haver algumas disposições normativas impondo a obrigatoriedade dos precedentes, a ausência delas não minimiza a seriedade desses países e da França em seguir as orientações pretorianas: “os precedentes são obrigatórios, de fato, não de *iure*”.

Nos sistemas de *common law*, um precedente (um só) pode vincular, como é o que ocorre na Inglaterra, que adota o *stare decisis* na sua versão mais rígida, em que há extrema aversão à ideia de que precedentes devam ser modificados”.

O Brasil está em transição de uma situação de descaso em relação aos precedentes para uma em que os valoriza. E há muitas razões jurídicas para valorizá-lo, como visto. Apenas se estivermos descrevendo a realidade, podemos concordar com a autora. Atualmente, nossos precedentes só vinculam quando as Cortes que deveriam fixá-los adotam-no num número expressivo de casos, ao invés de decidir diversamente a todo tempo. Realmente, se essas não têm o compromisso de levar muito a sério seus próprios precedentes, não haverá como identificar qual o pensamento da Corte e, conseqüentemente, o que deverá ser uniformizado.

Entretanto, a situação almejada, a que o nosso Direito prescreve, parece mais com a da Inglaterra. Uma única decisão deve ser capaz de vincular o próprio órgão (em primeiro lugar) e todos os que a ele se vinculam na estrutura escalonada do Judiciário²⁴. Devemos ter consciência das duas situações, para que possamos respeitar os precedentes em maior grau possível. Em princípio, os magistrados devem passar a acatar as posições firmadas em instâncias superiores mesmo que não sejam repetidas. Apenas se se perceber que essas posições variam ao sabor do arbítrio destas instâncias (e essa ainda parece ser a situação preponderante na atualidade), deverão escolher uma das possibilidades e se autovincularem, para que o caos não seja completo, até que se pacifique o entendimento no órgão superior.

Alguns podem pensar que o nosso ordenamento determinaria que os precedentes fossem persuasivos. Institutos como os embargos de divergência e o incidente de uniformização de jurisprudência significariam que o legislador fez tal escolha. Eles estariam chancelando a divergência. Mas essa não parece ser a única interpretação possível da legislação processual, nem a melhor.

Não se trata de autorização. Trata-se de uma constatação da realidade, um dado da vida. Os textos normativos são plurívocos e a subjetividade do intérprete condiciona a norma produto da interpretação. Os institutos citados, ao invés de incentivarem a divergência, existem justamente para extirpá-la. Relembrem-se todos os princípios que são promovidos

²⁴ “[...]Conforme a conceituam James Jr., Hazard e Leubsdorf, a ‘doutrina do *stare decisis* é um comando mediante o qual as cortes devem dar o devido peso ao precedente’. [...] Um dos maiores juristas do direito comparado na atualidade, o Prof. John Merryman, da *Stanford Law School*, afirmou que aqueles que não reconhecem a existência do *stare decisis* no sistema da *Civil Law* estão apenas se iludindo e compactuando com o que ele entende ser um verdadeiro *folklore* (John Henry Merryman, *The civil law tradition*, 2.ed., p.147)” (MARINONI, 2010, p. 94-95).

pelo respeito aos precedentes, como a segurança jurídica, a isonomia, a tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Há mera tolerância da divergência, afinal, não há como impor o entendimento firmado por um órgão jurisdicional a outro situado no mesmo nível da estrutura do Judiciário. Mesmo assim, se posteriormente outro quiser divergir, deverá pronunciar-se, analiticamente, “sobre os fundamentos deduzidos no acórdão que deu solução ao caso, como também tem o ônus de demonstrar a superioridade das suas razões” (MARINONI, 2011, p. 120). Contudo, após a uniformização pelo órgão competente, a orientação prevalente deverá ser obrigatoriamente adotada em julgados futuros.

A existência do instituto da súmula dita vinculante também pode ser vista como apta a contrariar a leitura do ordenamento jurídico processual aqui defendida, por uma interpretação *a contrario sensu*. Isso porque, se foi necessária norma específica para atribuir efeito vinculante a uma súmula, condicionado ao preenchimento de uma série de requisitos estabelecidos na norma constitucional e na lei que a regulamenta (art. 103-A da CRFB/88 e Lei 11.417/06), os outros entendimentos não seriam vinculantes. Podemos concordar com o raciocínio, desde que feitas algumas observações.

O Min. Celso de Mello, relator da Rcl 10.707, julgada em 20.10.2010, reconheceu que não existem diferenças ontológicas entre a súmula comum e a súmula vinculante, mas as diferenciou dizendo que a súmula comum não enseja reclamação, porque não teria efeito vinculante. Essa última afirmação é perigosa.

O perigo está em que o “efeito vinculante” dado à súmula do art. 103-A da CRFB/88 pode levar a crer que o juiz é livre para discordar de qualquer posicionamento pacífico da Corte que não tenha sido submetido ao procedimento do artigo citado, o que parece grave equívoco, por todas as razões já expostas neste trabalho. Evitem-se vãs repetições.

Não é boa a posição do Min. Celso de Mello. De um lado, reconhece múltiplas funções do enunciado sumular: como método de trabalho, como instrumento da segurança jurídica e da confiança, como fator de proteção da igualdade perante a jurisdição do Estado e como elemento de coerência do ordenamento jurídico. De outro, afirma que elas não possuem caráter impositivo para os magistrados e demais Tribunais judiciários nas decisões que venham a proferir. Se não há obrigatoriedade, aquelas funções jamais serão implementadas, à exceção da função de método de trabalho!

Uma interpretação gramatical *a contrario sensu* não deve ser privilegiada em detrimento de uma interpretação sistemática que leva em conta razões tão importantes para a coerência da ordem jurídica, como são aquelas que nos impelem ao respeito dos precedentes judiciais. Outra interpretação nos parece possível e muito mais adequada.

Como visto no capítulo passado, o próprio STF deu a entender que a ausência de um meio de impugnação específico ao tribunal que fixa o precedente não é motivo para que se conclua que o órgão jurisdicional encarregado de aplicá-lo não é obrigado a fazê-lo. O bom funcionamento do sistema depende que haja uma forte presunção de confiança de que os magistrados cumprirão bem seus deveres funcionais.

Por isso, deve-se entender que “vinculante” é apenas um indicativo do efeito mais enérgico da súmula do art. 103-A da CRFB/88, qual seja, o cabimento de reclamação ao STF quando haja descumprimento pela Administração ou pelo Judiciário de um entendimento firmado a partir de questão várias vezes decidida naquela Corte²⁵.

Como há precedentes que podem cuja *ratio decidendi* pode não estar tão clara para os órgãos aplicadores do precedente do STF e como a fase de transição cultural pela qual passamos ainda está em andamento, podem ser geradas controvérsias judiciais (com a má aplicação das técnicas de *distinguishing e anticipatory overruling*) e/ou recalcitrância de alguns órgãos, respectivamente. Isso poderá causar o cumprimento dos requisitos da reiteração das decisões pela Corte sobre matéria constitucional e da “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (Lei 11.417/06, art. 2º, *caput* e §1º).

Essas circunstâncias justificariam que o Pretório Excelso editasse a súmula vinculante, abrindo a especial via da reclamação para combater a situação de desrespeito a seus precedentes. Com isso, o Tribunal poderia autorizar a utilização do instituto apenas para situações realmente graves, o que traria dois benefícios. Primeiro, permite que se sinalize aos jurisdicionados os casos para os quais poderá caber a reclamação, o que evita a enxurrada de processos na Corte²⁶. Segundo, a mera possibilidade da edição de súmula vinculante já pode

²⁵ Em face do exposto, para evitar confusões, propomos uma distinção lingüística: precedentes obrigatórios para se referir ao *stare decisis*; precedentes vinculantes, para indicar o cabimento de reclamação para fazer valer *in concreto* o entendimento obrigatório.

²⁶ Evitaria, com essa filtragem das reclamações, o problema que André Ramos Tavares (2007, p. 13) chama de “mecanismo de auto-imposição dependente”. Esse mecanismo consiste justamente no fato de o próprio tribunal precisar atuar como “uma espécie de oficial de execução de suas próprias decisões, situação não apenas altamente constrangedora para um Tribunal dessa envergadura, mas também inviabilizadora do exercício de suas funções fundamentais”.

exercer algum efeito pedagógico coercitivo nos órgãos do Judiciário, já que “a não observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1465).

Não pretendemos enganar o leitor. A leitura em voga a respeito da súmula vinculante não é a que acabamos de fazer. Veja-se o que pensa Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1107) sobre o requisito da preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional:

“Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração das decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação”.

O entendimento do doutrinador e ministro da Suprema Corte faz sentido na realidade atual, em que “a jurisprudência do Tribunal” é compreendida como reiteração de julgados no mesmo sentido justamente porque não há o compromisso de respeito aos próprios precedentes, o que abre mais espaço para decisionismos, parcialidade, desleixo com a fundamentação do caso concreto. Se sobre uma questão jurídica existem precedentes “de acordo com o gosto do freguês”, é racional que só se possa tornar exigível uma posição por sua preponderante reiteração.

A tendência a ser buscada, contudo, é que os órgãos jurisdicionais fixem seus precedentes com a devida responsabilidade na análise da questão e que se vinculem à fundamentação para casos futuros, de modo que apenas um precedente já seja suficiente para tornar a questão pacífica. Esse, aliás, é o modelo que ganha corpo com os recentes entendimentos do STF em recursos extraordinários julgados por amostragem, como visto, nos quais o ministro participou efetivamente das discussões.

Entendemos que apenas devemos falar em precedentes persuasivos quando o órgão que o firmar der mostras de que não pôde atingir opinião conclusiva sobre o tema, quando não estiver seguro da coerência de sua decisão. Mas esses casos deverão ser vistos como excepcionais, afinal, um dos papéis centrais do Judiciário é a solução de controvérsias²⁷.

²⁷ Vislumbramos que as decisões, entretanto, dificilmente servirão como precedentes se os órgãos judiciais prolores não zelarem por sua credibilidade. Para isso, impõe-se que observem seus próprios precedentes e que

Nossa intenção aqui é apenas evitar que interpretações inadequadas de leis que levam em conta nossa realidade atual impeçam os operadores do Direito de evoluir rumo à consciência do respeito aos precedentes. A lei nos deve ajudar a enfrentar os problemas atuais do nosso Direito, mas não pode nos barrar de buscar uma realidade melhor. Por isso, cabe o nosso esforço de demonstrar que mesmo que o legislador não faça novas alterações no ordenamento que promovam o respeito aos precedentes, devemos e podemos caminhar nesse sentido.

Por último, argumento que normalmente se invoca para negar a obrigatoriedade aos precedentes do Supremo (o que pode levar, por um raciocínio *a fortiori*, a negar aos de todo o Judiciário) é o dispositivo constitucional encartado no art. 52, X²⁸. Isso porque tal texto se repete nas Constituições brasileiras desde a Carta de 1934, quando foi criado para tentar resolver o problema da adoção do modelo de controle de constitucionalidade difuso norte-americano desprovido da doutrina do *stare decisis* – um modelo capenga, determinante de uma enorme falta de uniformidade decisória (SOUZA, 2006, p. 208).

Muitos criticam a tese da mutação constitucional do referido dispositivo sustentada pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl 4.335-5/AC, pois ela teria o condão não de modificar a interpretação do texto, mas sim o próprio texto. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2011). Concordamos com a crítica. Consideramos que o texto normativo, sobretudo o constitucional, é importante limite imposto pelos representantes democráticos do povo à atividade do Estado-juiz.

Contudo, há de se reconhecer a sólida argumentação na tese de Gilmar Mendes no sentido do grande desgaste do sentido normativo do dispositivo. Os vários institutos processuais que se vêm consagrando no Direito Brasileiro apontam para um completo desgaste do sentido normativo original do art. 52, X, o que o aproxima cada vez mais de um mero fóssil da história constitucional brasileira.

Os legisladores constituinte e ordinário estão promovendo reformas que caminham em sentido da progressiva valorização da jurisprudência, em reforço das fortes razões que já existem para se seguirem precedentes, conforme visto no item 2.3. A

as teses jurídicas firmadas nos diversos casos mantenham um nível de coerência que seja transparente aos demais órgãos, que deverão ser influenciados por aquele precedente. Esses dois requisitos serão desenvolvidos nos dois pontos seguintes.

²⁸ CRFB/88. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:[...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

obrigatoriedade já está consolidada no que diz respeito à súmula vinculante e já está sendo afirmada pelo STF e STJ em sede dos julgamentos por amostragem.

Logo, apesar de não se poder fazer interpretações mirabolantes que conduziriam o STF ao inaceitável papel de constituinte originário, a atual eficácia de um único dispositivo constitucional não pode ser forte a ponto de se sobrepor a uma interpretação sistemática amparada por tantos princípios constitucionais de grande carga axiológica.

A evolução jurídica impõe, sim, uma mutação constitucional (não de alteração do texto, como preconizam os citados ministros, mas do sentido da norma). A norma que hoje se deve extrair do art. 52, X, da CRFB/88 deve ter a menor eficácia possível, tendente a zero. Com isso, não se estará negando a força normativa da Constituição, e sim promovendo-a, já que serão respeitadas por todos os membros do Poder Judiciário as decisões firmadas pelo STF, maior guarda dessa força normativa, além da promoção da força normativa de diversas normas constitucionais de importância fundamental, como a segurança jurídica, a isonomia, a duração razoável do processo, o acesso à Justiça, a eficiência, dentre outros.

Observe-se que a suspensão pelo Senado, ainda mais nos moldes como concebida pela doutrina dominante (suspensão discricionária e com eficácia *ex nunc*) não protege nenhum valor constitucional. Não se diga que é a separação de Poderes ou o princípio democrático, porque a falta de atuação do Senado não evita que muitos juízes possam invalidar as decisões do legislador. A tese talvez fosse um pouco plausível se, ao invés, o Senado pudesse derrubar o precedente, afirmando *erga omnes* a constitucionalidade da norma declarada inconstitucional.

Nossa proposta é, então, de que a suspensão pelo Senado possa ser vista apenas como mera “retirada formal” da norma declarada inconstitucional pelo Supremo do ordenamento. A única utilidade do ato será que, após a suspensão, o Supremo não poderá rever seu entendimento para considerar a norma novamente constitucional, como poderia fazer se estivesse envolvido apenas o sistema de precedentes (TALAMINI, 2011, p. 127). O efeito será, pois, equivalente ao que se concebe atualmente para a decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado (BARROSO, 2008, p. 193).

Esperamos ter demonstrado, nessa breve explanação, que os argumentos aqui combatidos não devem ser vistos como obstáculos ao desenvolvimento de uma cultura jurídica brasileira de respeito aos precedentes judiciais e, conseqüentemente, do sistema judiciário pátrio. Reconhecemos que essa cultura ainda está longe de estar enraizada no

Brasil, mas é salutar que se continue nessa caminhada de valorização dos precedentes judiciais, devidamente acompanhada de um rigor científico nas técnicas de aplicação.

A convicção dos operadores do Direito quanto à força que devem ter os precedentes é a principal ferramenta para que realmente haja a obrigatoriedade de se seguirem os entendimentos fixados. É claro que meios de coerção adequados poderiam ser pensados como aspecto pedagógico a otimizar esse processo de conscientização, mas o ponto-chave é que essa consciência esteja disseminada, firme, madura e bem-fundamentada, até mesmo para que uma fiscalização justa seja possível. Como afirma René David (2002, p. 491-492), em última análise, a força dos precedentes é mais uma questão de psicologia jurídica (no sentido de tradição, consciência, cultura) do que de direito.

4.2 Participação de toda a sociedade e qualidade das fundamentações na construção dos precedentes

Por depender mais da consciência da obrigatoriedade do que de qualquer outro fator, o respeito aos precedentes necessita que estes estejam muito bem fundamentados e que sua construção seja vista como uma obra do Judiciário como um todo, e não de determinadas pessoas.

Os precedentes devem ser obrigatórios, mas a força do sistema de precedentes inevitavelmente dependerá de o órgão prolator do precedente zelar por sua credibilidade frente aos demais órgãos. Dito de outro modo, a qualidade dos precedentes promoverá a conscientização necessária para a consolidação e futura manutenção do sistema. Sem zelar pela credibilidade, dificilmente o *status quo* vigente será alterado.

O primado do *rule of Law, not of men* é um pilar histórico do Estado Democrático de Direito. A aplicação dessa ideia ao Judiciário deve impor que os juízes busquem atenuar ao máximo que suas convicções pessoais influam na constante reconstrução do Direito no Judiciário. Tarefa difícil, mas não impossível. Difícil porque toda interpretação envolve um ato de vontade. Não impossível, porque atitudes de autoconhecimento e de autocritica pelo magistrado podem atenuar o subjetivismo judicial (BARROSO, 2009, p. 310-311).

O juiz deve decidir não com base em sua opinião pessoal, mas sim na razão pública; e isso exige detida consideração dos pontos de vista dos demais órgãos jurisdicionais e da doutrina especializada: todos atentos aos valores e circunstâncias de nossa sociedade complexa e plural. Na linha das considerações de Habermas sobre democracia (*apud* FERNANDES, 2011, p. 158), *mutatis mutandis*, os magistrados e a sociedade devem ver a si mesmos como coautores das normas das quais são destinatários²⁹.

A crescente reaproximação entre o Direito e a Ética que marca o contexto atual deve ser considerada para que se tenha um sistema de precedentes adequado. Dificilmente este prosperará se não se levar em consideração os demais valores do Estado Democrático de Direito (além daqueles que são promovidos pelo respeito aos precedentes). Os juízes não se sentirão motivados a se engajar no projeto.

As fundamentações também devem zelar pela coerência sistêmica do Direito.³⁰ Posicionamentos contraditórios, mesmo que se dêem em casos diferentes, podem deixar os órgãos encarregados de aplicar o precedente atordoados, sem saber o que seguir. É verdade que as teorias da Ciência Jurídica que embasam os precedentes podem não englobar toda a complexidade da vida para a solução dos problemas, mas o distanciamento delas deve ser devidamente justificado para que seja aceitável pela comunidade jurídica.

Segundo Teresa Wambier (2010, p. 35-36), a tradição jurídica da *civil law* prima pela coerência do sistema jurídico, pelo rigor científico, pela valorização, portanto, da doutrina. Se esse pensamento está arraigado na cultura jurídica brasileira ou, ao menos, na cultura dos magistrados vocacionados e comprometidos com o Direito, a opção destes por aderir a uma cultura precedentalista dependerá que os órgãos jurisdicionais superiores tenham também grande comprometimento com a devida fundamentação e com a coerência sistêmica das diversas decisões.

²⁹O juiz do Tribunal Supremo Espanhol, Juan Antonio Xiol Ríos (2009 *apud* SANTOS, 2010, p. 52) entende os julgados, inclusive os das instâncias superiores, não são mais do que “una reelaboración que el Tribunal hace com materiales de muy diferente procedencia, com los estudios doctrinales, com sus propias resoluciones y las de los tribunales de instancia, com las alegaciones de profesionales y litigantes, idagando em las estructuras lógicas subyacentes em el ordenamiento, em los sistemas de valores que conviven em conflicto dentro de la sociedad”.

³⁰Theodoro Jr, Nunes e Bahia (2010, p. 36), com base em algumas ideias de Dworkin e Habermas, dizem o seguinte acerca da coerência das decisões. “[...] Já nas decisões judiciais, a integridade se mostra na postura que os juízes devem assumir frente ao ordenamento: devem tomá-lo 'como se' ele compusesse 'conjunto coerente de princípios'. O juiz deve chegar a uma decisão válida na medida em que compensa a indeterminação do Direito, apoiando sua decisão na reconstrução que faz da ordem jurídica, de modo que aquele possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios. Esta tarefa, que cabe a todo juiz (de qualquer instância), implica que ele deve decidir um caso concreto tendo em mira o Direito em conjunto (através de princípios), o que nada mais é do que *sua obrigação prévia frente à Constituição*.”

Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 65) nos lembra do ensino de Peter Häberle de que, apesar de o juiz ser o intérprete oficial dos textos normativos, ele deve “criar condições de abertura para a penetração de um fluxo interpretativo que provêm da sociedade”. Com base nisso, o autor lamenta que os juízes dos tribunais superiores não tenham incorporado essa ideia e que levem em conta muito mais os argumentos de autoridade do que as razões jurídicas (a autoridade dos argumentos). Cita dois votos que entende demonstrarem essa desconsideração. Merecem transcrição:

“[...]Ver, por exemplo, os seguintes votos: 1) do Min. Humberto Gomes de Barros, do STJ, no AgReg em ERESP nº 879.889-AL: ‘Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. [...]’; e 2) do Min. Eros Grau na Reclamação nº 4.335-5/AC: ‘Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá, não o inverso’ (grifos no original).

Parece-nos que a linguagem dos ministros está realmente impregnada de exageros em relação à superioridade da jurisdição em relação à doutrina no dizer o Direito. Realmente, aquela goza de primazia, já que é ela que define a solução de controvérsias jurídicas com o atributo da coisa julgada. Todavia, o órgão decisório deve ter uma deferência muito forte aos estudiosos do Direito. Na medida em que estes demonstrem fortes razões para se seguir determinado entendimento, a credibilidade do sistema dependerá de que aquele demonstre que suas razões são melhores.³¹

³¹ Exemplo no STF que mancha a ideia da obrigatoriedade dos precedentes é a súmula vinculante 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. Tal entendimento fere gravemente a teoria do delito, porque entende que a consumação da conduta se dá por ato alheio e, por vezes, bem posterior à verdadeira conduta do agente. Manter a coerência a partir de tal entendimento leva a outras conclusões nos crimes de sonegação fiscal que causam muita perplexidade. A esse respeito, ver Eduardo Pelella (2010, p. 319-338).

Também é imperioso dizer que, por mais que o órgão decisório esteja no topo do Judiciário, deve saber como os órgãos inferiores a ele se estão posicionando e, em princípio, decidir em acordo com argumentos numericamente expressivos. Prestigiar os posicionamentos firmados pelos diversos juízes e, indiretamente, pelos jurisdicionados reforça a legitimidade democrática das decisões e é uma perspectiva diferente, mas coerente com aquela afirmada pelo STF, de que o Judiciário deve funcionar como um sistema (SILVA, 2009, p. 171-172). O que se quer frisar é que a construção dos precedentes de baixo para cima merece um destaque que não costuma ser enfatizado³².

A decisão do magistrado de primeiro grau deve ser valorizada também no momento da construção do precedente porque ele é a porta de acesso do jurisdicionado ao Judiciário, é quem tem contato direto com as provas, é quem primeiro é provocado a se manifestar sobre novas questões (LASPRO, 1995, p. 98-117).

As decisões dos órgãos intermediários merecem também a devida consideração na justificação do entendimento dos superiores, pois são os primeiros a buscar a uniformidade das decisões, no seu âmbito de atuação (SANTOS, 2010, p. 51).

Repita-se, para que não haja risco de má compreensão das ideias aqui defendidas, que os órgãos superiores terão a primazia no dizer o Direito. Lembre-se do caráter naturalmente contramajoritário da jurisdição constitucional: é perfeitamente possível que o STF se distancie de valores dominantes na doutrina e/ou no próprio Judiciário. Mas frise-se que, para tanto, deverá haver razões jurídicas realmente muito fortes, que possam ser toleradas por todos.

Devido à falibilidade humana, certamente ocorrerão desvios desse caminho, que pensamos deva ser trilhado. Contudo, o freqüente e injustificado desrespeito dos parâmetros expostos acima poderá comprometer a consciência coletiva dos operadores do Direito em relação à obrigatoriedade dos precedentes judiciais.

As considerações aqui feitas possuem por escopo o aperfeiçoamento do sistema, e não sua negação. São destinadas aos órgãos prolores do precedente, de modo a promover o sistema precedentalista ao invés de criar-lhe dificuldades. Ou seja, o mero juízo pessoal sobre a credibilidade ou não das decisões superiores não pode eximir os magistrados encarregados de aplicar o precedente da adesão a tal sistema.

³² Veja-se que o pensamento de cada juiz é importante não só quando ele trabalha com as técnicas de aplicação do precedente e continua seu processo de delimitação, como também no momento de sua própria construção. O sistema, portanto, não faz do magistrado um autômato, como podem pensar aqueles que não estudam o tema com a devida profundidade.

Se até o STF não deveria deixar de seguir os parâmetros acima, que se diria de um juiz de primeiro grau, por exemplo? As razões para se seguir precedentes, a missão constitucional da Suprema Corte e sua posição propícia para unificar a jurisprudência, a presunção de que os ministros são dotados de notável saber jurídico e a falibilidade de todos os magistrados (e não só dos ministros) faz com que a possibilidade de os demais magistrados deixarem de seguir os precedentes daquele tribunal seja remota. O ônus argumentativo é pesadíssimo. Não pode configurar desrespeito, mas sim *antecipatory overruling*.

Nossa esperança é que a cultura precedentalista cresça entre os magistrados brasileiros mesmo que os ocupantes dos cargos mais altos não conduzam adequadamente essa conscientização através do máximo incremento da qualidade dos fundamentos dos precedentes e da consideração das diversas opiniões na construção destes. A responsabilidade dos ministros pode até ser maior, mas o importante é que aqueles que se forem conscientizando primeiro não esmoreçam no projeto de sair do círculo vicioso da jurisprudência lotérica e de consolidar o círculo virtuoso do respeito aos precedentes.

4.3 A condição mais básica. Respeito aos próprios precedentes: uma lição que pode ser apreendida no próprio ordenamento brasileiro (Art. 285-A, do CPC).

Existe classificação dos precedentes quanto ao órgão judicial que está obrigado a aplicá-lo. Quando é o próprio órgão que estabeleceu o precedente, diz-se que a eficácia da obrigatoriedade é horizontal; quando são os órgãos inferiores àquele, fala-se em eficácia vertical.

Alguns autores não transmitem a obrigatoriedade de seguir os próprios precedentes com as melhores palavras possíveis, o que pode não ter o devido efeito pedagógico de demonstrar a seriedade desse dever funcional. Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1109), por exemplo, esclarece corretamente que o STF só pode haver a revisão de uma súmula vinculante quando houver uma mudança significativa do contexto da decisão e que, no caso, o tribunal estará duplamente onerado em seu dever de fundamentação. Chama isso, porém, de uma “desvinculação cum grano salis”. A

excepcionalidade do *overruling*, entretanto, deveria levar o ministro a dizer que há, na verdade, uma “vinculação cum grano salis”.

Marinoni (2010, p. 95) nos relata que o *stare decisis* em sentido horizontal é contemporâneo ao próprio surgimento dessa doutrina. Nos Estados Unidos, a eficácia vertical só foi reconhecida tempos depois. Esse desenrolar histórico nos parece um indicativo a mais de uma lógica conhecida do senso-comum: não se pode exigir o respeito dos outros sem que haja primeiro o respeito próprio.

Em se tratando de decisões judiciais, essa máxima é ainda mais verdadeira, porque por mais que exista uma imensa boa vontade dos órgãos inferiores em seguir os precedentes dos superiores, nada poderão fazer se for impossível identificar qual o real entendimento destes. A melhor via restante será limitar-se a observar seus próprios precedentes.

Teresa Wambier (2009, p. 170) faz um severo alerta para o efeito contraproducente dos institutos processuais que valorizam a jurisprudência se a eficácia horizontal não for observada: “Estes procedimentos [...] só podem, obviamente, gerar resultados saudáveis para o sistema se os Tribunais Superiores se absterem da prática de alterar suas decisões. Caso isto não ocorra, nós ousaríamos dizer que a inovação poderá ser considerada um verdadeiro desastre³³.”

A obrigatoriedade horizontal dos precedentes judiciais já é plenamente justificável pelas razões expostas no segundo capítulo deste trabalho. Contudo, é possível a interpretação de que o próprio Código de Processo Civil reconheceu essa necessidade, ainda que diretamente, através do seu art. 285-A. Tal dispositivo foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.277, de 07.02.2006. Sua redação é a seguinte:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

³³ Exemplo desse desastre é que o descaso com a correta aplicação com as súmulas do STF ou do STJ, no contexto da súmula impeditiva de recurso e do julgamento monocrático pelo relator pode, ao invés de otimizar o sistema recursal, arruína-lo ainda mais. Uma apelação, para ser apreciada diretamente pelo órgão colegiado do tribunal, precisará da interposição de três recursos ao invés de um. (WAMBIER, 2009, p. 155-156)

Trata-se do que Leonardo José Carneiro da Cunha (2010, p. 165) chama de “julgamento imediato de improcedência”, importantíssima novidade no Direito Brasileiro em matéria de precedentes judiciais. A correta exegese do *caput* do dispositivo é que a referida modalidade de improcedência *prima facie* é aplicável no âmbito das causas repetitivas que dispensam dilação probatória.

A inovação legislativa gerou algumas controvérsias na doutrina. Não é a nossa intenção dissecar o presente instituto, mas apenas trabalhá-lo naquilo que interessa ao tema tratado neste trabalho. Iniciamos o exame pela constitucionalidade da novidade.

O Conselho Federal da OAB impetrou a ADI nº 3695 contra o dispositivo, alegando afronta às normas constitucionais que consagram a igualdade, a segurança jurídica, o acesso ao Judiciário, o devido processo legal e o contraditório (art. 5º, *CAPUT*, XXXV, LIV, LV, todos da CRFB/88).

Interessante notar que no início da argumentação da petição inicial da ação direta, aponta-se que o novo texto normativo do art. 285-A “instituiu entre nós uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau”. O comentário a essa afirmação se dará mais adiante.

Entendeu-se que seria uma afronta à isonomia a possibilidade de que a mesma questão recebesse diferente tratamento de acordo com o juiz para o qual fosse distribuído o processo. Ora, a preocupação procede, mas nada tem que ver com o art. 285-A. Este, na verdade, contribui justamente para que haja um incremento de efetividade à isonomia substancial, porque evita a absurda situação, muito presente em nossa realidade, de o mesmo magistrado decidir causas idênticas de modo diferente, sem que haja nenhuma hipótese que justifique o *distinguishing* ou o *overruling*. A disparidade de entendimento entre magistrados diferentes de uma mesma instância só pode ser solvida pela adequação de seus entendimentos aos dos tribunais, que lhes são superiores.

Ainda segundo o Conselho Federal da OAB, com base no parecer de Paulo Medina, a segurança jurídica seria desrespeitada pelo fato de os autores das ações serem surpreendidos com sentenças de improcedência sem que tivessem anterior conhecimento de seu teor, porque as decisões de primeira instância não possuem uma ampla acessibilidade, como por sítios da internet.

Por sua vez, o direito de ação estaria sofrendo desarrazoada restrição pelo legislador ordinário, ou seja, uma agressão ao seu núcleo essencial. Alega Paulo Medina que o

expediente “não permite o exame de aspectos peculiares que a causa, porventura, apresente e que, talvez, levassem o juiz a decidir noutro sentido”

Já o contraditório e o devido processo legal teriam sido violados porque o art. 285-A, na ótica da petição inicial da ADI nº 3695, não permitiria a participação efetiva do autor na elaboração do convencimento do juiz, porque este já estaria deliberado a repetir a sentença de casos anteriores idênticos. A motivação da sentença do caso, não refletiria, então, de modo nenhum as alegações expostas na petição inicial.

Preferiu-se rebater os posicionamentos acima relatados em conjunto, dada a conexão dos argumentos que se desenvolverão. Parece que Paulo Medina e o Conselho Federal da OAB, *data venia*, estão a confundir o instituto com a má aplicação do instituto. Esta sem dúvida deve ser combatida pela ordem jurídica, seja por sanções disciplinares aos magistrados, seja pela reforma ou anulação de suas decisões.

Quanto à publicidade restrita que prejudicaria a segurança jurídica e o direito à informação constante do princípio do contraditório em seu aspecto material, vê-se que o argumento é contraditório com a própria situação fática que inspira o instituto, que é reconhecida na inicial da ADI. Se são proferidas “sentenças aos milhares” idênticas, por óbvio seu conhecimento não ficará restrito “aos litigantes dos feitos nos quais são proferidas”. E, mesmo que ficassem, a tendência da consolidação do entendimento por cada juiz seria que a posição de cada um se tornasse cada vez mais conhecida pelos advogados que militam naquele foro. Consequentemente, estes poderiam orientar melhor a população, o que geraria um cenário jurídico de maior previsibilidade, maior segurança. Logicamente, a previsibilidade seria ainda maior se os juízes uniformizassem seu entendimento sob a orientação dos tribunais.

Reconheça-se, contudo, que é muito desejável que as decisões dos diversos órgãos jurisdicionais, inclusive os de primeira instância, tenham a maior publicidade possível. E essa é uma tendência do século XXI. O Judiciário deve aproveitar toda a tecnologia disponível para dar maior legitimidade democrática às suas decisões, proporcionando amplo controle social pelo povo.

As alegações de que o instituto não permite o exame dos aspectos peculiares da causa, nem a influência efetiva no convencimento do juiz não merecem prosperar. A reprodução do teor de sentenças anteriormente prolatadas não deve ser entendida como autorização para que o juiz sentencie a causa sem ler a petição inicial.

É pressuposto, alias, dessa improcedência *prima facie*, que o juiz examine atentamente se o caso é idêntico ao anterior. Isso só pode ser analisado no momento inicial da ação porque a exigência do art. 285-A é que a matéria seja de direito, ou seja, que não demande dilação probatória. O outro requisito que torna viável a decisão no início do processo é que ela seja de improcedência. Se o magistrado proferisse decisão de procedência, aí sim estariam violados o contraditório e a ampla defesa, porque a decisão seria proferida contra uma parte que não pôde sequer se manifestar.

Devem ser examinados, portanto, tanto os aspectos fáticos apresentados pelo autor (provas que acompanham a petição inicial) – uma vez que a matéria é exclusivamente de direito – quanto os argumentos referentes ao Direito a ser aplicado. Se for constatada a presença de circunstância fática suficiente para que se imponha solução diversa ao caso ou se os argumentos apresentados forem substancialmente novos em relação a outros que as partes de processos anteriores já tenham trazido para influenciar o convencimento do juiz³⁴, não poderá este deixar de fazer a devida consideração (CAMBI, 2009, 169).

Reproduzir o teor de sentença anterior não se resume a uma tarefa de colagem de documentos já armazenados nos computadores da vara judicial, mas sim respeitar o precedente, aplicar o mesmo entendimento. A reprodução não deve impedir a adequada motivação das decisões judiciais, sob pena de afronta ao art. 93, IX, da CRFB/88. O “julgamento imediato de improcedência” merece, pois, uma interpretação conforme a Constituição, uma interpretação sistemática.

Veja-se, ainda, que o §1º do art. 285-A do CPC reforça os direitos do autor à ação, à informação, ao contraditório e ao devido processo legal, pois confere à apelação contra a sentença de improcedência *prima facie* efeito regressivo, ou seja, os argumentos expostos pelo autor na apelação ao tribunal poderão fazer com que o juiz entenda que o caso não é merecedor da improcedência de plano, seja porque a matéria não é exclusivamente de direito, seja porque vislumbre a possibilidade de *distinguishing* ou *overruling*.

Um aparente obstáculo a tal leitura do §1º do art. 285-A do CPC é que o texto legal diz ser “facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e

³⁴ “É preciso, para que se aplique o art. 285-A do CPC, que os argumentos jurídicos sejam os mesmos. Quando o dispositivo alude a casos idênticos, está a exigir identidade de argumentação jurídica. Vindo a ser proposta demanda com novos argumentos ou com argumentos diferentes, não se deve aplicar o dispositivo, devendo ser citado o réu, para que se verifique a legitimidade dessa argumentação, ainda que não levada ao crivo daquele juízo” (CUNHA, 2010, p. 67-68). Concorde-se com as palavras do autor. Apenas se deve fazer o esclarecimento, o que provavelmente não foi feito por ela dada a obviedade, que os argumentos devem ser substancialmente novos, ou seja, meras diferenças no estilo de escrita não necessitam consideração. Além disso, a igualdade na argumentação jurídica deve pressupor que os fatos sejam equivalentes.

determinar o prosseguimento da ação”. A palavra “facultado” não parece deixar margem à exegese que muitas vezes a doutrina faz no sentido de que “poder” é igual a “dever”. A séria consideração da escolha legislativa leva à conclusão de que o legislador estabeleceu uma faculdade ao juiz.

Alguns poderiam entender que foi conferido ao juiz a liberdade de alterar a sua decisão pura e simplesmente por ato de vontade. Essa possibilidade normativa deve ser rechaçada, porque vai de encontro a tudo o que se expôs no decorrer deste trabalho. Se é certo que não se pode excluir a subjetividade do juiz ao interpretar e aplicar o Direito, também é que a independência dos magistrados encontra limites no próprio Direito, que impõe que casos iguais sejam julgados da mesma forma, exigência ainda mais lógica quando se trata do mesmo julgador.

O legislador conferiu uma faculdade ao magistrado com propósitos muito claros e específicos: estabelecer mais uma exceção ao art. 463 do CPC, que estabelece a seguinte regra de preclusão consumativa ao órgão jurisdicional: uma vez publicada a sentença, este não poderá mais alterá-la. Foi dito mais uma exceção porque, além daquelas constantes dos incisos do próprio dispositivo em questão, há a do art. 296 do mesmo diploma. Analisando este, facilmente se conclui que a redação do §1º do art. 285-A foi escrita para que ficassem semelhantes. Questão de técnica legislativa.

Que fique claro: se não existisse a regra do §1º do art. 285-A, o juiz, mesmo que percebesse que, equivocadamente, não vislumbrou o *distinguishing* ou o *overruling*, nada poderia fazer, pois a regra preclusiva do art. 463 determina o andamento da marcha processual. Entretanto, como existe, poderá ele exercer a faculdade de voltar a atuar no processo, hipótese em que o rito seguirá com a citação do réu.

Por essas considerações, entende-se que estão superadas as alegações de inconstitucionalidade. Ao mesmo tempo, pôde-se expor um pouco desse instituto. Todavia, a grande contribuição dada à valorização dos precedentes judiciais merece ser melhor explorada. Relembre-se que o próprio Conselho Federal da OAB intitulou a inovação como “uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau”.

A contribuição do legislador ordinário está justamente na densificação de todos os princípios constitucionais que, por si sós, já possuem eficácia plena para impor aos magistrados decidir casos idênticos da mesma maneira. De qualquer forma, o legislador reforça o caráter democrático da interpretação através de sua escolha, que pondera os valores

constitucionais em jogo, escolha constante da expressão “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”, já brevemente tratada no presente ponto.

Mais uma vez, a palavra “poderá” não deverá ser óbice à imposição de que o juiz trate os casos da mesma maneira. É até salutar que se entenda a norma como uma faculdade conferida ao juiz, mas apenas no tocante ao momento do proferimento da sentença. Ou seja, é possível que o juiz, se estiver inteiramente convencido do contexto fático do caso e do tratamento que se lhe deve conferir, já “pode” até dispensar a citação e proferir a sentença desde logo.

Aqui cabe perfeitamente o argumento *a fortiori*. Se até mesmo antes da citação o juiz pode dar sentença de conteúdo idêntico a outras já prolatadas, é forçoso deduzir que o poderá fazer após a manifestação do réu, desde que, obviamente, a matéria seja unicamente de direito e mereça o mesmo tratamento de outra anteriormente prolatada.

A citação do réu não trará prejuízo relevante às partes, mas o juiz deve prezar pela improcedência *prima facie* sempre que, presentes os demais requisitos, estiver plenamente convicto quanto a não ser caso de *distinguishing* nem de *overruling*, para que a tutela judicial seja célere.

Extraímos, então, dessa densificação legislativa aliada à ideia de que quem pode o mais pode o menos, ambas embasadas em todos os valores constitucionais que fundamentam o dever de respeito aos precedentes, que o juiz deve respeitar seus próprios precedentes em qualquer caso, seja a matéria exclusivamente de direito ou não, seja a sentença de improcedência ou procedência.

Explica-se. A reprodução de sentença anteriormente prolatada é circunstância que se impõe ao mesmo juiz que as tenha prolatado em quaisquer causas que se repitam e que sejam substancialmente idênticas. As variáveis de a matéria ser exclusivamente de direito e de o sentido da decisão ser a improcedência apenas justificam que a decisão possa ser dada logo no momento em que o Estado-juiz analisa a exordial. Isso porque a decisão pela procedência não poderia ser proferida sem o exercício do direito de defesa e porque se a matéria não fosse exclusivamente de direito haveria a necessidade de instrução probatória antes da sentença.

Vê-se, portanto, que o art. 285-A do CPC traz norma de grande valor axiológico até mesmo para os órgãos jurisdicionais recursais, notadamente os tribunais. Se estes não seguem os próprios precedentes, torna-se impossível que os órgãos inferiores da estrutura jurisdicional o façam, seja pelo descrédito na obrigatoriedade do precedente, seja pela

dificuldade na própria identificação de o que verdadeiramente consubstancia a orientação do tribunal³⁵.

No processo da consolidação da cultura precedentalista no Brasil, é fundamental que cada órgão jurisdicional dê o primeiro passo através da vinculação aos seus próprios precedentes. Mesmo que não haja a colaboração de todos, o respeito aos precedentes por parte de alguns já contribuirá para a atenuação do problema da dispersão jurisprudencial.

O passo seguinte, para os órgãos inferiores, é a adequação do entendimento do próprio órgão ao entendimento da instância de maior autoridade que se tenha manifestado sobre a questão jurídica. No ponto, merece comentário a questão relativa à aplicação do art. 285-A pelo magistrado de primeiro grau em contraste com o entendimento dos tribunais, uma vez que existe posição doutrinária no sentido de que “a coincidência entre a orientação adotada pelo juízo de 1º grau e o entendimento manifestado por tribunal que lhe seja hierarquicamente superior é, assim, pressuposto fundamental para a incidência do art. 285-A” (WAMBIER, 2009, p. 160)

Antes dessa conclusão – que seria fruto de uma interpretação sistemática com as diversas alterações legislativas que prestigiam as súmulas e a jurisprudência dominante, v.g., art. 103-A da CRFB/88 e arts. 120, parágrafo único, 518, §1º e 557, todos do CPC – a autora afirma que uma interpretação literal (acusada de assistemática) permitiria que questão de direito pudesse ser decretada improcedente pelo juiz em acordo com decisões anteriores mesmo que não houvesse súmula ou jurisprudência dominante de tribunal (WAMBIER, 2009, p. 158-159).

Tal posição merece um reparo. A interpretação literal não conduz necessariamente a uma assimetria com as normas que valorizam a jurisprudência dominante e as súmulas dos tribunais e tampouco é imprescindível que haja prévia consolidação de precedente nas instâncias hierarquicamente superiores. Da ordem natural do rito procedimental logicamente decorre que os precedentes se formem inicialmente no 1º grau de jurisdição, antes que nos tribunais. É salutar, então, que os magistrados de primeiro grau formem jurisprudência mesmo que não haja orientação superior sobre a matéria.

Se já existir jurisprudência dominante, aí sim o sistema jurídico-processual imporá ao juiz que só aplique o art. 285-A se a sentença anteriormente prolatada estiver conforme a

³⁵ “[...]Sem algum respeito objetivo a esses precedentes, isto é, quando nem mesmo a Corte Suprema parece não dar atenção à sua própria jurisprudência, fica difícil exigir-se que as demais esferas do Judiciário o façam. Torna-se praticamente impossível, portanto, almejarmos a internalização da cultura e o próprio desenvolvimento de uma teoria do precedente judicial” (SANTOS, 2010, p. 41).

orientação dos tribunais hierarquicamente superiores. Do contrário, estaria prejudicada a intenção da Lei 11.277/2006 de racionalizar o julgamento dos processos repetitivos, uma vez que os recursos se multiplicariam desnecessariamente (WAMBIER, 2009, p. 159)³⁶.

Por fim, queremos destacar que é imprescindível que a lição do art. 285-A do CPC seja aprendida, sobretudo, pelos tribunais mais altos do país, únicos capazes de unificar o entendimento jurisprudencial de determinada questão jurídica em todo o país. Encerramos este modesto trabalho com transcrição da ementa de julgado unânime da Corte Especial do STJ, o AgRg nos EDiv no REsp 228432, multicitado em trabalhos sobre a valorização dos precedentes no Brasil. Concordamos completamente com cada palavra e nada temos a acrescentar:

“Processual – STJ – Jurisprudência – Necessidade de que seja observada. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos jurisdicionais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.”

Deixamos essa condição por último, justamente por ser a mais básica. É que não estamos alheios ao caráter um tanto utópico das ideias aqui defendidas. Contudo, a dificuldade de pôr em prática esse projeto não deve ser obstáculo para que cada juiz que se conscientize a respeito da importância de seguir os precedentes faça a sua própria parte. Só assim haverá esperança de chegarmos a algum lugar.

³⁶ No mesmo sentido: “(...), longe de racionalizar o julgamento de demandas de massa, significa contribuir para um processo com dilações indevidas, atentando contra o princípio da duração razoável dos processos, além de conspirar em favor de eventuais divergências jurisprudenciais, com manifesta desatenção ao princípio da isonomia” (CUNHA, 2010, p. 168).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A isonomia e a previsibilidade diante das decisões judiciais é um imperativo de qualquer Estado da contemporaneidade que se pretenda Democrático de Direito. O aspecto volitivo de interpretação da norma, mormente em países que qualquer juiz pode até declarar a inconstitucionalidade de leis, deve encontrar balizas num sistema que permita o controle das opiniões pessoais de cada magistrado.

O Judiciário deve desempenhar sua função hermenêutica, o dizer o Direito, de forma harmônica. É inconcebível que haja tantos “Direitos” quantos forem o número de pessoas exercendo a função de Estado-juiz.

A independência do juiz resguarda que o órgão decisório não sofra coações de quem quer que seja para decidir um determinado caso de determinada maneira. Não deve ter o condão, contudo, de lhe permitir dar pouca importância a um entendimento vocacionado para transcender o caso concreto, firmado por Cortes cuja função precípua é justamente uniformizar o Direito, seja a lei federal, seja a Constituição e sua força normativa.

Os homens não devem ser como cães, que só descobrem que algo é proibido quando uma vara toca seu nariz (CAENEGEM *apud* WAMBIER, 2009, p. 129). A lei é insuficiente para a promoção da segurança jurídica, especialmente numa sociedade plural e complexa como a do século XXI. A uniformidade do Direito nos tribunais permite aos homens planejar melhor suas condutas, evitar situações litigiosas, fazer acordos.

A obrigatoriedade de respeito aos precedentes confere maior legitimidade à atividade judicial. Impõe ao juiz maior responsabilidade diante da decisão que tomará, porque pautará as suas próximas e, dependendo de sua posição na estrutura do Poder Judiciário, de outros órgãos. O ambiente de previsibilidade das decisões, aliado à tecnologia atual que proporciona maior transparência e publicidade, facilita a percepção de desvios e arbitrariedades. Se o controle estatal não pode ser universal, o juiz pelo menos poderá sofrer um controle social, um constrangimento moral.

Diante do exposto ao longo do trabalho, parece pouco crível que alguém se contraponha ao respeito dos precedentes no plano teórico. Eventuais críticas como os riscos de engessamento do Direito, de tratamento de situações desiguais como se fossem iguais, de violação à separação dos Poderes não devem afetar a teoria do respeito aos precedentes em si,

e sim o modo de trabalhar com os precedentes. Firmada a consciência de que os precedentes devem ser observados, devemos voltar todos os esforços para desenvolver, à luz dessas e de outras críticas, técnicas de aplicação que nos permitam construir um sistema equilibrado e racional.

Em outras palavras, a questão não é que casos iguais não devam receber o mesmo tratamento. Isso soa absurdo para qualquer pessoa com a mínima noção de Direito. A questão é saber quando o entendimento firmado deve ser superado. É saber quando os casos são iguais, ou melhor, quando são semelhantes a ponto de receber o mesmo tratamento. É saber que o entendimento firmado no precedente não pode ser compreendido como completamente desvinculado do caso que o ensejou e das normas pertinentes aquele caso.

O movimento de respeito aos precedentes vem crescendo no Brasil. Ainda se encontra, contudo, muito longe de uma posição razoável. A barreira real que existe por nosso ordenamento não ter raízes na tradição anglo-saxônica é cultural. O momento é de conscientização da obrigatoriedade dos precedentes.

As investidas do legislador e as decisões da Suprema Corte ajudam nesse processo, mas o pensamento ainda precisa ser muito disseminado e amadurecido. O sucesso dependerá do envolvimento dos operadores do Direito como um todo. O aperfeiçoamento da legislação e das decisões do Supremo continuará a ser essencial para o desenvolvimento da cultura de observância dos precedentes. Da mesma forma, eventuais mecanismos de controle da atividade judicial podem ser úteis no processo.

O período é de transição, de experimentalismo institucional, e o desafio é grande. Consolidar uma cultura pode ser extremamente difícil e demorado. Isso não é motivo para que o projeto seja abandonado. Deve ser enfatizado, contudo, que todos os esforços devem ser realizados para que a empreitada logre êxito. Do contrário, melhor será que todas as reformas referidas no capítulo 3 sejam desfeitas, que se extingam os recursos excepcionais, enfim... Pelo menos a resposta do Judiciário será menos demorada e custosa. Mas não parece que nos devamos conformar com isso.

Entendemos que a cultura é o ponto-chave, o ponto determinante para um sistema precedentalista de sucesso, para um Judiciário agindo em conjunto num mesmo sentido, tal como órgãos de um organismo harmônico. O controle é fundamental, mas o dever ético é o principal. Em última instância, ele é que fará a diferença.

A consciência deve ser a da obrigatoriedade dos precedentes, mesmo que não haja meios de o órgão que fixou o entendimento faça valer sua orientação a cada caso levado às instâncias inferiores. A ausência de instrumentos como a reclamação ou a existência de um instituto com o nome de “súmula vinculante” não deve ser motivo que justifique a desconsideração das orientações dos órgãos hierarquicamente superiores na estrutura judicial, notadamente o STF e o STJ.

A própria existência de tais tribunais – a função que desempenham e a posição central que permite esse desempenho – já é motivo para fortíssima presunção de que as orientações neles firmadas devem ser seguidas por todos os órgãos inferiores. Contudo, os órgãos protagonistas na fixação dos precedentes devem promover cada vez mais sua credibilidade, tanto pela qualidade argumentativa de suas decisões como pela deferência ao pensamento de todos os que trabalham na constante (re)construção do Direito.

Se a credibilidade incrementa a consciência e a vontade de respeitar os precedentes, o inverso também é verdadeiro. O descrédito pode infirmar completamente a presunção de que as *ratio decidendi* estabelecidas devem ser seguidas. A situação que mais fortemente abala o crédito do sistema precedentalista é quando o próprio órgão decide caso idêntico de forma diversa do que decidira anteriormente, sem que haja justificativa de superação do precedente ou de distinção entre o caso paradigma e aquele sob análise.

Os bons objetivos não são conquistados do dia para a noite. Mudanças macroestruturais podem exigir muito tempo. A geração dos juristas de hoje pode não perceber a mudança, mas isso não nos deve desmotivar a perseguir avidamente a construção de um sistema jurídico que faça do Brasil um Estado mais justo e mais democrático. Esperamos que este trabalho possa ter contribuído para essa conscientização. Que pelo menos mais um se envolva nessa árdua luta pelo Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Súmula e súmula vinculante*. In: MEDINA, José Miguel Garcia (coord.); CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo (coord); CERQUEIRA, Luís Otávio Serqueira de (coord); GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. *Julgamento por amostragem dos recursos excepcionais: denegação de justiça?* RePro 181, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A justiça desequilibrando a economia*. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.html>>. Acesso em 21 out. 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. RePro 179/139-174, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan. 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil, vol.2*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil, vol.3*. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. *Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil vol. 2: Processo de Conhecimento*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V. 15. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 nov. 2011

PELELLA, Eduardo. Sobre a prescrição nos crimes tributários: a actio nata e a prejudicial administrativa. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial*. RePro 181, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____. *Súmula Vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Lucas Cavalcanti. *Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do STF*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota da. *Segurança jurídica e jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

STRUCHINER, Noel. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico*. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. p. 463-482. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/eduardo_22.pdf>. Acesso em: 28 out. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no Direito Brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Insituto Brasileiro de

Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 out. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILHENA, Oscar Vieira. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. RePro 172/151, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2009.

_____. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. RePro 181, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2010.