

DECISÕES TOMADAS EM RECURSO REPETITIVO OU EM REPERCUSSÃO GERAL: A QUESTÃO DO PRECEDENTE

DECISIONS TAKEN REPETITIVE RESOURCE OR GENERAL REBOUND: THE QUESTION OF PRECEDENT

Alessandra Machado Brandão Teixeira¹

Larissa Gabrielle Braga e Silva²

RESUMO

O presente artigo trata dos institutos jurídicos da repercussão geral e do recurso repetitivo sob a ótica da aplicação dos precedentes no Direito Brasileiro. Inicialmente, tecem-se breves considerações acerca dos referidos institutos, buscando-se empreender uma reflexão através do alargamento das funções do Judiciário pátrio sob o olhar da aplicação dos precedentes e consequente atividade criadora-normativa empreendida, então, por este poder. Para tanto, a questão do precedente é descrita de forma a retomar às peculiaridades e características de dois sistemas: O Common Law, de onde emanam os precedentes e o Civil Law, modelo prevalente no sistema jurídico brasileiro. Por fim, busca-se descrever os principais problemas que envolvem a aplicação do precedente, destacando as questões atinentes ao cerceamento da via recursal em sede de decisões acerca da repercussão geral e de recurso repetitivo, demonstrando que há problemas nesta seara, sobretudo, quando se considera a violação de direitos garantidos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicação de precedentes; Repercussão Geral; Recursos Repetitivos; Judicialização do Direito.

ABSTRACT

The present article deals with legal institutions and the general impact of repetitive actions from the perspective of applying precedents in the Brazilian Law. Initially, there will be brief considerations of such institutes, seeking to undertake a reflection by extending the functions of the judicial power under the gaze of the application of the preceding and subsequent creative activity undertaken by this power. Therefore, the question of precedent is described in order to resume the peculiarities and characteristics of two systems: The Common Law, from which emanate the precedents and Civil Law, prevalent model in the Brazilian legal system. Finally, we try to outline the main issues that involve the application of this precedent, especially those relating to restriction of appellate through headquarters in decisions about the overall impact and repetitive use issues, demonstrating that there are problems in this endeavor, especially when it considers the violation of guaranteed rights .

KEYWORDS: Application of precedent; General repercussions; Repetitive resources; Legalization of law.

¹Mestre e Doutora em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da UFMG, professora de Direito Tributário dos Cursos de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento dos institutos jurídicos da repercussão geral e do recurso repetitivo, introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pela Lei n. 11.672/2008, pode-se afirmar que o sistema jurídico brasileiro passou a admitir que as decisões do Poder Judiciário tenham efeito vinculante e, portanto, apresentem caráter normativo.

Assim, torna-se imprescindível refletir sobre a formação dos precedentes e como se dará a sua aplicação pelos Tribunais inferiores.

Dessa feita, o objetivo deste artigo é refletir sobre a aplicação do precedente, buscando estabelecer os parâmetros e os limites de sua utilização. Essa reflexão mostra-se importante porque a introdução desses institutos pelo sistema jurídico brasileiro representa uma mudança de paradigma. O sistema brasileiro é de formação jurídica continental do *civil law*, e passa a fazer uso de institutos oriundos do *common law*.

É indubitável que nos dias de hoje, coexistam estes dois sistemas. Mas até que ponto pode se considerar legítima a aplicação dos precedentes? Introduzidos sob a égide da celeridade processual, segurança jurídica e isonomia, os precedentes, ganham contornos cada vez mais rígidos, podendo significar óbices ao acesso à justiça, bem como às vias recursais e no Direito Brasileiro, o que se percebe, é que eles passam a ser, inclusive, fonte (precípua) do Direito.

Diante deste contexto, este artigo visa compreender a sistemática e a coerência (ou não) da aplicação dos precedentes pelos Tribunais brasileiros, bem como analisar as vias de impugnação, diante da aplicação errônea de precedentes. Para tanto, utilizar-se-á a metodologia do procedimento analítico e a pesquisa bibliográfica.

2. DA REPERCUSSÃO GERAL

A repercussão geral é requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, instituído por força da Emenda Constitucional nº 45 de 08.12.2004 que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe:

§ 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL. 2013. p.51-52).

O objetivo do requisito da repercussão geral no seio do recurso extraordinário foi o de impedir que cada recurso fosse apreciado isoladamente, fazendo com que a questão de inconstitucionalidade fosse destacada, considerando o universo de processos, envolvendo o mesmo assunto, a serem julgados pelo Tribunal.

A forma individual de análise das matérias constitucionais, pela Corte Suprema, estava comprometendo a celeridade dos julgamentos pelo STF, bem como o exercício de sua precípua função que é a de Corte Constitucional³.

A lei nº 11.418 de 19.12.2006 regulamentou o artigo 102 da CF, com as alterações feitas pela EC 45/2004, acrescentando o artigo 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil. A repercussão geral, por força do artigo 4º da lei 11.418/06 passou a ser exigida nos recursos extraordinários interpostos a partir de 18 de fevereiro de 2007.

Assim, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a verificação da ocorrência da repercussão geral. A decisão acerca da repercussão geral é irrecurável conforme disposição do artigo 543-A, *caput* do Código de Processo Civil.

Importante destacar hipóteses em que a repercussão geral se fundamenta nos postulados das súmulas e jurisprudências do próprio STF, veja-se:

Há na lei a previsão de alguns casos em que a repercussão geral é categoricamente assentada. São eles: decisão recorrida que contraria súmula ou jurisprudência dominante do STF (art.543-A, parágrafo 3º). A súmula, in casu, não precisa de ser a vinculante, mas apenas a que retrate jurisprudência assentada, pois, mesmo sem súmula, a repercussão geral estará configurada em qualquer julgamento que afronte jurisprudência dominante do STF. Por jurisprudência dominante, deve-se ter a que resulta de posição pacífica, seja

³Sobre o conceito de Corte Constitucional, ver o texto de Tiago do Amaral Rocha e Mariana Oliveira Barreiros de Queirozem http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10818&revista_cade_rno=9

porque não há acórdãos divergentes, seja porque as eventuais divergências já tenham se pacificado no seio do STF. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 660).

O conceito de repercussão geral é posto pela lei, que a identifica a questões que ultrapassam os interesses subjetivos das partes, ou seja, transcendem a esfera jurídica apenas dos litigantes daquela demanda. Isso porque essas questões ressoarão com tom de relevância às searas do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. É o que se verifica no parágrafo 1º do artigo 543-A do CPC:

§ 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (BRASIL. 2013, p. 285).

Assim, a repercussão geral é aquela que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, sendo que o maior interesse se localiza fora da causa, em detrimento das questões internas, peculiares e próprias daquela demanda.

Ressalta-se que a decisão tomada pelo STF em sede de repercussão geral passa a ter efeito vinculante. Neste sentido, se a repercussão geral for negada, todos os demais recursos que estavam sobrestados na origem, serão inadmitidos, não sendo julgados pelo STF.

A turma do STF poderá decidir pela existência da repercussão geral, por no mínimo quatro votos, hipótese em que será dispensada a remessa do recurso ao plenário. Lado outro, por voto de 2/3 de seus membros, o STF poderá não conhecer do recurso, por entender não demonstrado o requisito da repercussão geral.

Outro importante vetor da repercussão geral é a ocorrência da repetição das questões jurídicas em sucessivos processos, ensejando a apreciação pela Corte Suprema de múltiplos “recursos essencialmente iguais”.

A esse respeito se manifesta Humberto Theodoro (2011, p.661) advertindo que as finalidades da exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, estão relacionadas com o papel do STF como corte constitucional e não como instância recursal. A adoção desse procedimento visa facilitar a apreciação pelo STF de questões essencialmente constitucionais, cuja relevância transcenda aos interesses subjetivos das partes.

Humberto Theodoro Júnior explica o efeito redutor inerente à repercussão geral:

O grande efeito redutor dar-se-á pelos mecanismos de represamento dos recursos iguais nas instâncias de origem, os quais, à luz do julgado paradigma do STF, se extinguirão sem subir à sua apreciação (art. 543-B, parágrafo 2º); e ainda pela extensão do julgado negativo do STF de um recurso a todos os demais em tramitação sobre a mesma questão (art. 543-A, § 5º). (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 661).

Todavia, o grande problema relativo à adoção desse instituto, refere-se à identificação de casos verdadeiramente iguais, o que não é tão corriqueiro quanto se parece. Além disso, a análise reduzida pode vir a restringir o acesso ao Poder Judiciário, o que macula o princípio da eficiência da prestação jurisdicional e do acesso à justiça.

Na lição de Rosemiro Leal (2008, p.232) os óbices recursais implicam em violação à ampla defesa. Além de também violar a isonomia prevista no artigo 5º, caput e inciso LV da CR/88 que dispõe sobre o direito inerente aos litigantes em processo judicial ou administrativo ao contraditório e à ampla defesa, bem como aos meios e recursos a ela inerentes.

Portanto, com relação à introdução do mecanismo da repercussão geral tem-se um ganho relativo à celeridade processual, decorrente do fato de que apenas uma decisão determinará o futuro de todos os processos envolvendo a matéria. Entretanto, essa restrição pode acarretar uma pesada restrição ao acesso ao Poder Judiciário, violando, assim, a ampla defesa, tão cara ao ordenamento jurídico brasileiro.

A virtude ou o vício da repercussão geral serão dados pela aplicação do instituto. Na aplicação prática e cotidiana do mecanismo da repercussão geral pelo STF é que se determinará ser o instituto uma virtude do ordenamento jurídico brasileiro ou se este se compraz em um vício.

3. DO RECURSO REPETITIVO

Por meio da Lei nº 11.672 de 8 de maio de 2008 foi inserido o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, inaugurando um novo procedimento do Recurso Especial, a ser aplicado em casos de causas repetitivas.

As causas repetitivas são aquelas, como preconiza o conteúdo normativo do referido artigo, em que se verificam a multiplicidade de recurso e que se fundamentam

em idêntica questão de direito. Estas, assim, devem seguir o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

O escopo dos recursos especiais repetitivos se assenta nas questões de celeridade processual. O Tribunal superior, ao julgar um único caso de determinada matéria de direito cumpre sua função de uniformizador da aplicação da lei federal. Insta dizer que a finalidade do recurso especial é a reapreciação da matéria federal e não serve ao objetivo de ser um instrumento de revisão do julgamento.

Dessa forma, há economia processual quando um julgamento de idêntica questão de direito considerada na multiplicidade de recursos, é utilizado aos demais recursos especiais pendentes sobre idêntica questão de direito.⁴

O processamento do recurso especial de acordo com o artigo 543-C do CPC tem início no Tribunal de origem, sendo que ao presidente do Tribunal caberá detectar a presença da multiplicidade de recursos que versem sobre a mesma questão de direito. Assim, este deverá selecionar um ou mais recursos e encaminhar para o Superior Tribunal de Justiça. Os demais recursos ficarão retidos e suspensos no Tribunal de origem, aguardando o julgamento definitivo sobre a questão de direito que os torna comuns.

Dessa forma, para que o artigo 543-C do CPC seja aplicado, todos os recursos devem se basear sob o mesmo fundamento de direito. Humberto Theodoro Júnior explicita os objetivos do processamento dos recursos especiais pela sistemática do artigo 543-C do CPC:

Evitar a subida dos recursos especiais repetitivos, represando-os provisoriamente no Tribunal de origem;

⁴Todavia, na prática o que se percebe é que os processos ficam sobrestados anos a fio aguardando o julgamento do recurso especial remetido ao STJ. Situação similar também ocorre com os recursos extraordinários em sede de análise do requisito de admissibilidade da repercussão geral que apresenta as mesmas finalidades dos recursos especiais repetitivos no tocante à celeridade dos julgados dos tribunais superiores e o exercício de suas funções precípuas. Assim noticia o advogado e professor José Miguel Medina: É grave, também, a situação decorrente da demora do julgamento de recursos especiais e extraordinários que observem tais técnicas. Milhares de processos ficam sobrestados, por muitos anos, aguardando a decisão do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, no começo do ano de 2012 estimava-se que mais de 260 mil processos aguardavam o julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal. Esse número, hoje, deve ser muito maior. Em relação a alguns temas, há dezenas de milhares de processos sobrestados (por exemplo, há mais de 178 mil recursos aguardando decisão em relação ao tema 285, referente a diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo Banco Central, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor II). (MEDINA, 2013).

Julgamento de questão repetitiva numa única e definitiva manifestação da corte especial do STJ;
Repercussão do julgado definitivo da corte especial sobre o destino de todos os recursos represados, sem necessidade de subirem ao STJ, sempre que possível. (THEODORO JÚNIOR, 2011. p. 680).

Questão controvertida é a falta de critério e razoabilidade para se escolher o recurso que servirá ao julgamento do STJ, e cujo *decisum* será utilizado para todos os demais casos, uma vez que o pronunciamento da seção em sede de recurso repetitivo apresenta efeito vinculante, ou seja, o precedente tem força normativa sendo que as decisões devem ser aplicadas pelos Tribunais e Juízes inferiores bem como pela administração pública nos casos que versarem sobre a matéria objeto do recurso.

Críticas são empreendidas ao modelo dos recursos especiais repetitivos, as mais veementes advogam a ideia segundo a qual o rito do artigo 543-C do CPC viola princípios intrínsecos e instituidores do processo. Entre eles, destaca-se o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, a isonomia e o duplo grau de jurisdição.

Necessário é estabelecer um sentido e uma noção para o que venha a ser “princípio”. Para tanto, recorre-se à definição trazida à baila pelo professor Rosemiro Leal:

[...] princípio é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável) é balizador dos conceitos que lhes são inferentes. Quando o princípio é específico, assume este o nome de premissa legal e não comporta generalizações maiores que seu explícito e próprio enunciado[...]. (LEAL, 2008, p. 97).

Tem-se, pois, que os princípios apresentam força normativa porquanto assumem função de premissa legal. Neste ínterim, tem-se o princípio do contraditório ínsito ao processo constitucionalizado cujo conteúdo versa sobre a “dialogicidade entre interlocutores (partes) que se postam em defesa de disputa de direitos alegados”. (LEAL, 2008, p.97).

Na sistemática dos recursos especiais repetitivos a violação a este princípio é percebida pelo fato de o julgamento se consolidar por amostragem, obstaculizando a relevância da apreciação pelo Tribunal superior dos argumentos fáticos e jurídicos postos e das provas produzidas ao longo das fases do processo, sobretudo, quando da atividade de subsunção indissociável à aplicação do precedente. Assevera com propriedade o eminente professor:

Conclui-se que o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principlológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes. (LEAL, 2011, p. 97).

Quando o julgamento de um caso é aplicado aos demais em sede dos recursos repetitivos pode-se inferir que tal prática configura-se um tanto quanto inquisitória, uma vez que o mesmo resultado é posto de forma imperativa aos demais casos. Estes, por sua vez, não são considerados em suas especificidades, surgindo o questionamento de que será mesmo possível conceber a existência de casos iguais?...

No tocante ao princípio do acesso à justiça, tem-se o postulado segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, como previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88. Isso posto, há que se considerar que apenas um recurso, chamado de recurso representativo, será apreciado conforme a sistemática aplicada aos recursos especiais da lei anterior. Aos recursos sobrestados, dessa forma, seria negado o amplo acesso ao Poder Judiciário.

Neste mesmo sentido pode-se refletir acerca da violação dos princípios da ampla defesa, da isonomia e do duplo grau de jurisdição. Pontua o professor Rosemiro (2008, p.98) acerca do princípio da ampla defesa que “há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo”. Acrescenta afirmando que não se pode sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito.

Até mesmo o STJ, através das ponderações de seus ministros, vem reconhecendo a fragilidade da segurança jurídica em casos de recursos repetitivos, neste sentido, há que se ressaltar as fortes e expressivas palavras proferidas no julgamento da incidência do imposto de renda sobre incorporação das horas extras em seção do STJ ocorrida em 11 de setembro de 2013, pelo ministro Napoleão Maia que expressamente afirmou que “tem medo dos recursos repetitivos, que a paixão pelos recursos repetitivos está nos deixando irracionais, toda paixão tira a razão”.

Informações mais detidas acerca desta seção de julgamento do STJ podem ser inferidas através do seguinte excerto:

Nessa terça-feira, na sessão da 1ª Turma, estava em julgamento um caso de relatoria do ministro Arnaldo Esteves, que trouxe voto afastando a incidência

de imposto de renda sobre os juros moratórios pagos em virtude de decisão judicial proferida em ação de natureza trabalhista, devidos no contexto de rescisão de contrato de trabalho. O relator aplicou o precedente fixado pela 1ª Seção, num recurso repetitivo. Todavia, a divergência do ministro Napoleão deu azo a reflexões mais detidas. O primeiro ministro a falar foi Ari Pargendler, que além de ter mais de 18 anos de Casa, já a presidiu. A sua frase foi forte: “Eu tenho muito medo dos recursos repetitivos!”. Ele continuou: “Nunca levei nenhum caso repetitivo para a 1ª Seção”. Finalizou registrando: “Acho que muitas vezes eles perpetuam situações que não são boas para o direito”. As afirmações abriram espaço para que o ministro Napoleão Nunes Maia, presidente da 1ª Turma do STJ, as encorpasse: “A nossa paixão pelos recursos repetitivos está nos tornando irracionais. Toda paixão tira a razão”, disse. Segundo o ministro, “as decisões tomadas pela sistemática dos recursos repetitivos não nos dá o melhor”. Ele recordou que o julgamento nessa modalidade processual “gera um efeito cascata. Não sobe mais nada”. Questionando a possibilidade de reverter o leading case, afirmou que, “mudar o precedente é um tsunami”: “São irreversíveis as decisões em recurso repetitivo. São mais veementes do que as súmulas”, comentou. Para o ministro, “não é possível saber como vamos para o futuro com os repetitivos”. Napoleão Nunes Maia recordou a obra do sociólogo Zygmunt Bauman, “Medo Líquido”, que fala sobre os medos contemporâneos que assolam a sociedade: “Bauman, em seu livro, não falou dos recursos repetitivos, mas poderia” – disse, arrematando sua fala com a frase: “Eu também tenho medo dos repetitivos!”. (Revista Valor. 2013).

Os apontamentos realizados pelos ministros (intérpretes autênticos do ordenamento jurídico) demonstram que há problemas na aplicação do precedente porque há dificuldades em pontuar quais casos são iguais, ou melhor, em quais aspectos essenciais do caso há identidade para que se possa utilizar da sistemática dos repetitivos. Outra dificuldade apontada é a questão das formas de se modificar o precedente. Os meios de impugnação de aplicação equivocada do precedente, segundo próprios ministros, são menores que as previsões jurídicas existentes para atacar decisões que se fundamentam em súmulas e até mesmo na lei. Assim, o precedente é pautado quase que por um manto de irreversibilidade.

Na ocasião, ainda, o ministro Napoleão Maia defendeu, com tom de sugestão, que a aplicação do artigo 543-C do CPC somente poderia ser adotada se houvesse a anuência de 2/3 dos ministros que compõem a seção. E não simplesmente uma maioria, muitas vezes apertada, para a utilização do rito dos repetitivos. O ministro Benjamim afirmou, por sua vez, ser pego de surpresa asseverando considerar que os recursos repetitivos eram mais sérios, ponderou que as decisões não podem ser repetidas, ao contrário, as demandas é que se repetem.

Neste caso, há que se considerar a própria racionalidade do instituto jurídico em questão, bem aplicado o precedente, deveria servir a uma mesma cadeia lógica de

raciocínios para casos semelhantes e não a mera repetição da decisão utilizada no recurso representativo da controvérsia.

Ultrapassadas tais questões torna-se importante afiançar que os repetitivos têm vigência e, portanto, serão adotados. Deste modo, as decisões deles advindas têm o condão de vincular o julgamento de demais causas e o que se verifica é que o Judiciário também se articula produzindo precedente com força normativa, e a pergunta que se faz é, pode o Poder Judiciário legislar?

4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DOS PRECEDENTES

O Poder Judiciário vive um período de alargamento de suas funções, sobretudo, quando se considera que a partir de 1988 a garantia do amplo acesso ao Judiciário se tornou direito fundamental do Estado democraticamente constitucionalizado.

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 e a Lei nº 11.672 de 8 de maio de 2008 que introduziram o requisito da repercussão geral e os recursos repetitivos, respectivamente, demonstram que há uma *jurisprudencialização* do Direito porque confirmam que o Poder Judiciário prolata decisões de cunho vinculante, e, portanto, normativo.

Lado outro, há que se considerar que a Constituição de 1988 elencou a separação dos poderes no rol das cláusulas intangíveis, no artigo 60, parágrafo 4º, inciso III. (LENZA, 2011. p. 436). Assim tem-se que o princípio da indelegabilidade de atribuições é excepcionado por previsões expressas, como as acima citadas.

Merecem destaque os apontamentos do Professor Rosemiro Pereira Leal citado por Gustavo de Castro Faria acerca da obrigatoriedade de se seguir o devido processo legal no Estado Democrático de Direito:

No Estado Democrático de Direito, onde se impõe a obrigatoriedade de seguimento ao devido processo legal e ao devido processo legislativo, os magistrados dos tribunais superiores não possuem legitimidade democrática para a elaboração da norma, dado que a democracia brasileira estrutura-se basicamente em pilares as soberania popular, legalidade e divisões de

funções (legislativa, judiciária e executiva) sendo, portanto, inconcebível que ao julgador seja permitido elaborar a lei. (LEAL, apud, FARIA, 2012, p. 101).

Porém, há entendimentos em sentido contrário que admitem a flexibilização da separação de poderes. Nesse andar, é importante pontuar que “a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os poderes exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de pesos e contrapesos”. (LAGE, 2010, p. 180). Sobretudo quando se pensa nos casos em que o Poder Judiciário se vê compelido a atuar por falhas ou inexecução das políticas públicas.

A função típica exercida pelo Poder Judiciário é a jurisdicional que é uma função do Estado em que se verifica a substituição das partes detentoras do interesse pelo próprio Estado com vistas a se solucionar imparcialmente o conflito. Esta solução deve se consolidar a partir do direito objetivo através de um processo que pressupõe paridade das partes envolvidas, para que dessa forma, o provimento seja o produto das discussões apresentadas pelos sujeitos processuais a partir da lei geral e abstrata.

Dessa forma, a atividade do juiz é a de proferir sentença “que é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder Judiciário.” (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 224).

Assim, em nosso sistema de Direito, o julgador deve se vincular primordialmente à lei, e a partir dela proferir decisões que são dotadas de normatividade que refletem no plano individual, entre as partes. O contrário é percebido quando da aplicação dos precedentes porque, neste momento, percebe-se que o Judiciário decide em um caso e aquela decisão servirá para casos que compartilham de similitude e identidade com este. Ausente, assim, os momentos de atuação dos enunciados normativos, quais sejam, “o da formulação abstrata dos preceitos normativos; o da definição da norma para o caso concreto e o da execução da norma individualizada”. (DIDIER JR; OLIVEIRA, BRAGA, 2007, p.224).

Há que se considerar que a atividade de subsunção do fato à norma descrita acima, pura e tão somente, não encontra assento nas complexas exigências do que se espera ser um Estado constitucionalmente democratizado. Assim são expressivas as considerações de Luiz Guilherme Marinoni citado por Fredie Didier Jr, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

Não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura

muito ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelo Estado Liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme à Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.(MARINONI apud DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 225).

Destaca-se que cabe ao juiz analisar as especificidades do caso concreto, além de ter como balizadores de sua atividade jurisdicional a lei, geral e abstrata, e os princípios. No que concerne aos precedentes, neste sentido, é importante considerar que o pós-positivismo exige que as características próprias do caso sejam levadas em conta, não se olvidando de que a decisão deve estar em consonância com os princípios e direitos fundamentais.

Decorre daí a importância dos precedentes serem bem fundamentados quanto aos princípios utilizados e quanto também à descrição fática e jurídica do caso a ser julgado, posto que para a correta aplicação do precedente, fundamental é identificar a ocorrência da similitude dos casos.

A segurança jurídica e a isonomia, tão pretendidas com a utilização dos precedentes, serão asseguradas somente se houver um exercício interpretativo da decisão que deixe explícito toda a descrição dos fatos, bem como a fundamentação do direito que ensejou aquele precedente.

Retomando a ideia de um Judiciário apinhado, tem-se que considerar que nos moldes da tripartição de funções quando qualquer dos poderes não cumpre sua função, verifica-se uma compensação sistêmica que se costuma atribuir ao Judiciário (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p.16).

Ainda assim, é direito fundamental a prestação eficiente da jurisdição, mas para que isso aconteça na prática, não basta a atividade solipsista do julgador, ao contrário, demanda-se a efetivação de “um espaço processual dialógico estruturado pelas garantias constitucionais”.(HABERMAS apud THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 18). O que implica na otimização da justificação no plano das decisões judiciais.

Além deste problema de justificação, o Judiciário encontra empecilhos em questões atinentes à eficiência. Assim, pode-se falar em duas perspectivas de eficiência, a qualitativa e a quantitativa. Esta remete à redução de custos e a rapidez dos

julgamentos, neste sentido, quanto menor for o custo e mais veloz a decisão, tanto melhor. Aquela nomeada de qualitativa elege a qualidade em detrimento da quantidade, priorizando a fundamentação e o adequado uso das técnicas processuais. Sobre as eficiências posicionam-se os doutrinadores:

Ambas as perspectivas seriam faces da mesma moeda, mas que podem e comumente são vistas como concepções contraditórias, uma vez que um processo rápido e barato pode formar decisões incompletas e incorretas, ao passo que para a busca de uma decisão “justa” (correta e legítima) exige-se dinheiro, tempo e uma atividade compartilhada entre o juiz e os demais sujeitos processuais. Tal situação, nesses termos, costuma impor a escolha de uma das faces da eficiência e à exclusão da outra por completo. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 21).

Infelizmente, o que se verifica no sistema processual brasileiro é o apreço pela eficiência quantitativa que busca resolver o maior número de casos com o menor custo, além de, como se percebe nos últimos anos no âmbito dos tribunais, empreender uma uniformização da jurisprudência de forma rasa sem o prévio e substancial debate e fundamentação acerca do caso e dos motivos que levaram à consolidação do precedente, tudo em nome do aumento da produtividade, com a resolução de um número maior de demandas.

O grande problema é que esta prática reflete no Judiciário como um todo, porque os tribunais inferiores e os juízes de primeiro grau ficam subordinados às decisões dos tribunais superiores, representando um papel de meros repetidores e servindo tão somente a proferirem decisões padronizadas. Dessa feita, as decisões proferidas na primeira instância e nos tribunais inferiores são decisões não maturadas e sem qualquer respaldo no debate processual.

Essa tendência de se repetir decisões não maduras aliada à lógica da eficiência quantitativa cria mecanismos que objetivam padronizar as decisões. Essa padronização decisória exorta para a reflexão acerca da coexistência entre os sistemas do civil law e do common law, sendo, todavia, necessário empreender uma adaptação deste sistema de acordo com as peculiaridades, história e atuais pleitos do sistema processual brasileiro.

5. A QUESTÃO DO PRECEDENTE

O período clássico do direito romano que teve seu início na primeira metade do século II a.C. e se estendeu até meados do século III d.C apresenta semelhanças bem próximas ao modelo do *commom law* (BUSTAMANTE, 2012, p.03). Tais semelhanças se assentam em questões de estrutura que, por sua vez, influenciam a argumentação jurídica utilizada pelos juízes em suas decisões. Bustamante explica que:

Quando se olha para o *commom law* da perspectiva de um observador, parece de fato razoável, pelo menos à primeira vista, concluir que tal direito positivo é o que mais se assemelha ao direito romano clássico, pois em ambos se pode notar não apenas a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas e a presença de um mecanismo de desenvolvimento do Direito gradual, lento e casuístico, mas especialmente uma reserva de autoridade para a construção do sistema jurídico a uma casta de “intérpretes autorizados”. (BUSTAMANTE, 2012, p.05).

O *commom law* inglês é caracterizado por ser um sistema jurídico não codificado que tem por base a tradição e o costume. Entretanto, pode-se dizer que o costume, como fundamento deste sistema jurídico, apresenta contornos diferentes do costume como fonte do direito do sistema jurídico brasileiro. Isso porque se trata de um costume institucionalizado, ou seja, reconhecido formalmente pelas autoridades judiciárias. Bustamante afirma que

a ratio para decidir não está em uma decisão tomada por ente externo à prática pragmática de observar casos/regularidades e decidir questões particulares, mas na autoridade que deve impor padrões de comportamento para o caso concreto.(BUSTAMANTE, 2012, p. 04).

É o que se pode denominar de costume reconhecido, e o costume reconhecido nada mais é que o precedente. Mesmo se admitindo uma semelhança estrutural entre o direito romano do período clássico e o *commom law*, há de se admitir que existem diferenças consideráveis ainda hoje quando se considera a utilização de precedentes em países de tradição jurídica continental. É neste sentido que Whittaker, citado por Humberto Theodoro, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, tece importantes considerações acerca do *commom law*:

[...] o ponto de partida do *Commom Law* significa que a natureza do material sobre o que se constroem muitas decisões judiciais inglesas difere radicalmente daqueles sistemas jurídicos cuja base é legislativa. Com efeito, o lugar de início não se acha num único texto- qualquer que seja sua extensão

ou imprecisão- mas sim em diversos textos, isto é, na reconstrução de decisões que abarcam um período que com frequência remonta dois séculos passados e às vezes períodos maiores. Assim mesmo, a classe do texto de uma sentença inglesa se distingue fundamentalmente de todo o texto legislativo, sendo aquele por regular de modo discursivo ou argumentativo, no qual o juiz ou os juízes sopesam as considerações em disputa nos casos prévios para alcançar sua decisão. Inclusive, se um juiz busca expor o Direito em uma ou várias proposições, estas palavras, por si sós, carecem de toda força, salvo em seu respectivo contexto jurídico e fático. Isto reafirma a ideia de que as resoluções anteriores não são simples toques num quadro pontual mais amplo (apesar de que um jurista inglês sempre deve retroceder para apreciar uma área do Direito), porque os textos das sentenças almejam por si mesmos sua relação com o que ocorreu antes e, em algumas oportunidades, o que pode acontecer posteriormente. Certamente, muito mais decisões recentes (“discursos”) dos membros da Câmara dos Lordes buscam delinear o modelo das proposições jurídicas que respeita o tipo de assunto submetido ao seu conhecimento, conferindo sentido às diversas decisões anteriores. (WHITTAKER apud THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2012, p. 28-29).

É possível perceber que nos países do *commom law* o precedente é aplicado de forma peculiar sendo respeitados o histórico de decisões do Tribunal que versam sobre determinada temática do Direito. Levar em consideração o histórico das decisões implica em reconstruí-las, utilizando-se do passado para uma atualização do direito com vistas também ao alcance de suas perspectivas de evolução. Humberto Theodoro, Dierle Nunes, Alexandre Bahia (2010, p. 42) esclarecem que o precedente nada mais é que uma diretriz, ou seja, um *principium*, um ponto de partida para a decisão.

Ainda sobre os dois sistemas tem-se as afirmações de Zweigert/Kotz citados por Bustamante (2012, p.12) que declaram ainda existir diferenças consideráveis entre um e outro sistema, dizendo que “a técnica do juiz do *commom law* de se aproximar do *case law* e extrair dele regras e princípios é o produto de uma tradição madura e experimental de raciocínio *from case to case*”.(ZWEIGERT; KOTZ apud BUSTAMANTE, 2012, p. 12). O que não se pode perceber em países de tradição de direito continental. Sobretudo quando se considera a estrutura do raciocínio dedutivo do *civil law*, em contrapartida ao raciocínio indutivo presente na tradição do *commom law*.

Nos países do *commom law*, como já dito, predomina a doutrina dos precedentes, também conhecida como doutrina do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se modifique o que foi decidido). Assim, no *civil law* para resolução do conflito o primeiro olhar seria para a lei, enquanto que no *commom law* a análise partiria do caso em si. Sobre o *civil law*, Gustavo de Castro Faria elucida:

Tem-se como nota marcante a compilação codificada do direito, um conjunto de preceitos que devem ser agrupados a fim de se estabelecer um modelo de

prestação jurisdicional que se desvincilhe do particularismo, dos casuísmos, da vontade da glosa judiciária, louvando a lei escrita ao emergir a figura do legislador como centralizador da função de elaborar o direito (FARIA, 2012, p. 85).

Todavia, Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.542) tem outra concepção a respeito do raciocínio empregado aos precedentes, advoga a ideia segundo a qual o processo lógico hermenêutico é o mesmo em todos os lugares em que este é adotado e a diferença está somente no grau de discricionariedade do Poder Judiciário, veja-se:

[...] o poder normativo do Judiciário é semelhante em qualquer sistema jurídico da atualidade, bem como as diferenças entre o *common law* e o Direito Codificado implicam apenas distintos graus de discricionariedade do Poder Judiciário, já que o processo hermenêutico de raciocínio por precedentes é idêntico em todo lugar onde ele é encontrado. (BUSTAMANTE, 2012, p. 542).

A principal fonte do direito do *common law* é a jurisprudência sendo que as decisões, neste sistema jurídico, remontam a um caso julgado anteriormente. Consequentemente se percebe que a utilização de precedentes emana deste sistema. Fato curioso, é perceber que na seara do *civil law* sempre houve uma predileção pela doutrina que com um desenvolvimento de argutos raciocínios se prestou ao aprimoramento e facilitação da atividade interpretativa das leis.

Atualmente, o que ocorre é que a própria legislação processual civil pátria “vem implementando procedimentos de sumarização da cognitividade baseados em técnicas de standardização do direito”(FARIA, 2012, p.84). Assim, a jurisprudência dominante passa a ser “o fio condutor no processo de resolução de conflitos, revelando-se fonte primária do direito”.(FARIA, 2012, p.84).

Verifica-se que a aplicação do precedente, no âmbito do Judiciário brasileiro, se consubstancia a partir de um marco zero, ensejando uma anarquia interpretativa, porque não se tem uma teoria dos precedentes capaz de encaminhar o julgador a um raciocínio que leva em conta uma bagagem histórica e evolutiva de determinada questão de direito, mesmo considerando sua autonomia frente aos julgamentos. Isso também corrobora por constituir uma padronização decisória que se perfaz sem a presença do contraditório. Neste sentido:

Em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) 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 juízes. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 43).

Há a consolidação do que os doutrinadores chamam de “*commom law* à brasileira” porque o que se vê é que não há uma teoria dos precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro, afirmam que isso acontece porque “no Brasil, a referência às sumulas e mesmo a processos anteriormente julgados se dá de forma desconectada com as questões, debates e teses que lhes deram origem”.(THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p.41). O que, a contrário senso, compromete a própria segurança jurídica, tão almejada com a utilização destes modelos.

A lei nos países do *civil law* desempenha o papel de pautar condutas, ao passo que, nos países do *commom law* esta função é exercida pelos precedentes. Pode-se afirmar que a sistemática dos recursos repetitivos, bem como o requisito da repercussão geral do recurso extraordinário denotam, dentre outros institutos jurídicos, certa incorporação ao direito brasileiro dos modelos dos precedentes do *commom law*. Esta incorporação pelo direito brasileiro é justificada pela celeridade, isonomia e segurança jurídica, ou seja, em casos semelhantes, necessário é ter um julgamento mais rápido, uma mesma solução para todos, não sendo o jurisdicionado surpreendido por decisões diferentes, o que resguardaria a garantia da segurança jurídica e da isonomia. Neste sentido, pontua Gustavo de Castro Faria:

É de se ressaltar que o deslumbramento do legislador brasileiro com as orientações processuais estrangeiras não vem de agora, o que torna nosso direito processual civil um sistema misto, intercambiado, revelando um sincretismo decorrente da assimilação de influxos de diversos países, especialmente, nos dias de hoje, daqueles que aderiram à família da *commom law*. (FARIA, 2012, p. 81).

Ocorre que na aplicação do precedente em países do *commom law* há um esforço hermenêutico para se alcançar o cerne da questão, ou seja, a regra em essência chamada de *ratio decidendi*, que nada mais é que a regra substancial a ser utilizada nos demais casos. “Diz-se que a *ratio* é uma proposição de direito necessária para a decisão”. (WAMBIER, 2010, p. 37). A *ratio decidendi* se contrapõe a *obter dicta*, argumento apenas de caráter persuasivo e de certa forma elementar, não configurando a fundamentação essencial daquela decisão, “esta expressão diz respeito aquilo que é dito

na decisão “para morrer” o que tem apenas autoridade persuasiva”(WAMBIER, 2010, p. 37).

Ainda sobre a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* tem-se:

A *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. [...] Já o *obiter dictum* (obiter dicta, no plural) consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. (DIDIER JR; OLIVEIRA; BRAGA, 2007, p. 234).

Importante destacar que na Inglaterra (WAMBIER, 2010, p.37) nos casos decididos pela primeira vez não é identificada a *ratio decidendi*. Tal desiderato fica a cargo do órgão judicial subsequente quando da manifestação de se interpretar o precedente para assim o aplicar. Conclui-se que “o sistema fundado no *stare decisis* não está, contudo, preso a leituras exegéticas dos precedentes, a relação é dinâmica, de construção do direito e não estática”. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p.42). O que não acontece no Brasil porque diante de casos julgados anteriormente não se reconstrói o discurso do caso passado para ser aplicado ao presente.

Interessante pontuar a respeito das técnicas que envolvem a aplicação do precedente nos países do *commom law*. São duas, o chamado *overruling* e o *distinguishing*. O *overruling* é uma técnica de superação do precedente em que “os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente ou esta pode fazê-lo de ofício”.(THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 42). Trata-se de uma releitura do precedente fundamentada na mudança dos fatos e do direito que lhe deu origem.

O *distinguishing*, por sua vez, é outra forma de se atacar o precedente mostrando que “o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões (ou particularidades fáticas) não pensadas/discutidas no precedente”. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 42).

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p.35) o direito inglês se desenvolveu sem interrupções. Por sua vez, o *civil law* apresenta dois importantes marcos. O primeiro abalizado pela descoberta dos documentos romanos esparsos

compostos de textos de lei, comentários, o que demonstra a inexistência, no século XI, de uma harmonia e sistematicidade absoluta, assim, o juiz decidia caso a caso.

O segundo período determinante para o *civil law* foi a Revolução Francesa, principalmente se se considera as maiores exigências da época no intuito de se evitar e conter abusos através da lei escrita bem como por meio da fundamentação sistemática e lógica do complexo normativo.

Em busca da segurança jurídica deveria a lei ser a expressão máxima da nação que ansiava por igualdade, liberdade e fraternidade. Neste sentido, o juiz deveria ser o mero repetidor da lei. Todavia, com o desenvolvimento da sociedade tornou-se indispensável o desenvolvimento da atividade interpretativa com o fito de se responder às demandas sociais e solucionar litígios.

Para tanto, a atividade do julgador passou a ser uma atividade de interpretação da lei. No *civil law*, se considerarmos a sua origem que denotou grande apreço pelas legislações escritas, conferindo autoridade à lei, interpretá-la pode significar perda da segurança, da previsibilidade e isonomia.

Em sentido oposto, principalmente nos dias de hoje, pode também ser sinônimo da necessidade de melhorias na qualidade da prestação da justiça. Mas, o que se percebe é que se atribui ao juiz “a função de garantidor das promessas e de engenheiro social”. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 18). Ora, cominar unicamente ao juiz essas funções é macular os principais fundamentos de um Estado democratizado, sobretudo, quando se refere a questões processuais.

Se nos países do *common law* o juiz decide com base nos precedentes e esta tendência fortemente é verificada no Direito Brasileiro é imprescindível identificar, compreender e interpretar as regras, ou principais argumentos que ensejaram a edição do precedente, exercício imprescindível para a aplicação deste aos casos posteriores pelos tribunais e juízes de primeiro grau.

Por fim, e como desejo de reflexão acerca da temática e da coexistência dos dois sistemas no ordenamento jurídico brasileiro tem-se as elucidativas palavras de Gustavo de Castro Faria:

A ingênua adoção de qualquer das teorias não se conforma com a processualidade constitucional democrática, pois a legitimação das decisões jurisdicionais só se manifesta na medida em que cada caso comporte uma atuação que propicie às partes igual direito de interpretação do ordenamento jurídico (isomenia), a fim de que, caso seja preciso, ocorra sua (re) invenção pela atuação dialógico-participativa (isocrítica), propiciando efetiva (re) construção de um direito democrático e emancipatório, voltado não apenas para os civis, mas propiciador da migração do sujeito natural (aquele que só

tem o seu corpo como patrimônio) para o patamar de fruição dos direitos dos patrimonializados (sujeitos de direitos). (FARIA, 2012, p. 93).⁵

Assim, é um desafio para os operadores do Direito se engajarem em um sistema híbrido e misto como o que aqui se apresenta, porque aqui não se interpreta ou se busca conhecer a “rule” do precedente, ao contrário, o que se verifica é a eleição de uma opção de resolução possível que se torna oficial, em detrimento de um processo complexo de formulação e justificação. O grande risco com a aplicação que se dá de forma repetida é a petrificação e estacionamento do Direito, haja vista todo o seu desenvolvimento se efetivar por meio da atividade argumentativa de todos os seus operadores. O que reflete com intensa relevância na edificação de uma sociedade mais justa, solidária e humana.

6. DOS PROBLEMAS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E DAS POSSÍVEIS FORMAS DE RESOLUÇÃO.

Diante do que fora até aqui exposto, pergunta-se: O que fazer diante de uma aplicação equivocada do precedente? Quais são os institutos jurídicos a serem evocados para resolver tal problema?

Preliminarmente, deve-se alertar que o precedente deve ser claro quanto ao fato que é objeto de julgamento, a fim de minimizar os problemas de interpretação. Isso conferiria à parte uma certa tranquilidade e segurança de que o seu fato é realmente igual ao do precedente. Por isso, deve-se evitar, no âmbito dos Tribunais Superiores, remissão excessiva a ementas antigas sem que o fato fique claro e evidente e bem delineado. Entretanto, essa conduta não vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode comprovar pela simples leitura dos acórdãos que introduzem os precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A necessidade de uma justificação bem elaborada, fruto de amplas discussões fazendo com que prevaleça o mérito dos argumentos (a melhor decisão para aquele caso

⁵ Conteúdo de aulas da disciplina Teoria Geral do Processo do Curso de Mestrado em Direito da PUC Minas, Prof. Rosemiro Pereira Leal. 1º semestre de 2009.

concreto), evita problemas de aplicação do precedente. Ao aplicar o precedente as cortes inferiores e os juízes de primeiro grau, assim como se posicionam diante da interpretação da lei, devem empreender um processo lógico de interpretação. Assim, quanto mais claros forem os tribunais superiores na descrição do fato e do direito em sede dos precedentes, menos problemas se constatarão no momento em que este estiver sendo aplicado pelas câmaras inferiores.

No plano teórico Bustamante (2012, p. 533) identifica quatro problemas comuns à aplicação do precedente, quais sejam, problemas de relevância, interpretação, de provas e de qualificação. Os de relevância referem-se a qual norma deve ser aplicada ao caso, os de interpretação versam sobre as dúvidas de como se entender a norma, os de prova visam identificar se o fato realmente aconteceu ou não e os de qualificação objetivam esclarecer se o fato se qualifica na norma.

Merece realce os apontamentos realizados por Humberto Theorodo Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010, p.51-52) acerca dos problemas da aplicação dos precedentes. Apontam eles que é necessário pensar nos *déficits* de funcionalidade do Poder Judiciário porque eles corroboram por obstaculizar a democratização dos direitos fundamentais. Além disso, ponderam acerca da importância de se edificar uma teoria dos precedentes para o sistema jurídico brasileiro, priorizando neste âmbito a história de aplicação de determinado precedente, o que substituiria o decisionismo do julgador.

Ressaltam, ainda, que os tribunais superiores devem discutir prévia e veementemente o paradigma decisório, evitando com que os juízes dos tribunais inferiores sejam meros repetidores dos modelos a serviço da geração de tão somente dados estatísticos. Neste sentido, lembram que o Judiciário não pode substituir os demais poderes. Por fim concluem com uma ponderação reflexiva:

O que não se pode aceitar é a via da padronização da tutela jurisdicional pura e simples. Se os enunciados da lei não conseguem aplicação automática e indiscutível em todos os casos práticos submetidos à decisão judicial, por que isto aconteceria com os enunciados jurisprudenciais sumulados pelos tribunais superiores? Acaso os juízes teriam alcançado o milagre que os legisladores se revelaram impotentes de conseguir? Óbvio que a simples literalidade de regras hipotéticas e generalizantes, sejam elas primárias como as do legislador ou derivadas como a dos tribunais, jamais será suficiente para proporcionar aos litigantes a justa composição dos conflitos prometida pelo Estado Democrático de Direito. (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2010, p.51-52).

É neste sentido que emana a necessidade de se recorrer. Assim, se a matéria não é idêntica deve-se recorrer, sob pena de violação de direitos fundamentais dos litigantes. O problema é que não existe um recurso próprio para ser interposto quando da aplicação equivocada de precedentes. As circunstâncias apontam para uma escassez de recursos relativos à aplicação incorreta do precedente mesmo porque se forem admitidos recursos, a própria razão de existir dos recursos repetitivos e do requisito da repercussão geral fica comprometida, porque se observaria um grande número de recursos nesta acepção, muitas vezes visando apenas o reexame da matéria.

Ainda assim, não se pode olvidar de que o problema em tela versa sobre direitos das partes, assim, quando se tratar de ato administrativo deve-se impugnar este ato esgotando todas as instâncias do processo administrativo. Se se trata de ato judicial, deve-se recorrer para todos os tribunais possíveis. Depois disso caberá reclamação. A reclamação é instituto jurídico que visa a preservação da competência do STF e do STJ e a garantia da autoridade de suas decisões. Assim encontra-se prevista na Constituição brasileira:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: l) a reclamação para a preservação de sua competência e autoridade de suas decisões.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I- processar e julgar, originariamente: f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. (BRASIL, 2013, p.51-53).

Em pesquisa junto ao sítio eletrônico do STF, observa-se que o número de reclamações em trâmite naquele Tribunal é bem reduzido. Além disso, as que foram objeto de julgamento, em sua grande maioria foram julgadas improcedentes, sob o argumento de que reclamação não é atalho processual, é meio próprio que não pode constituir supressão de instância, motivos pelos quais o STF não conhece da reclamação.

Já no âmbito do STJ existem reclamações admitidas. São reclamações, em sua maioria, contra decisões das turmas recursais dos juizados especiais, ou seja, estão em um contexto bem específico. Existe lacuna na lei processual no sentido da adequação do recurso contra decisão das turmas recursais que negam vigência ou aplicam equivocadamente os precedentes, assim, percebe-se maior flexibilidade do STJ em admitir reclamações neste sentido.

Cabe, ainda, mandado de segurança em uma situação específica, verificada em um caso em que o Recurso Especial fora inadmitido, contra esta decisão interpôs-se agravo regimental. Este por sua vez, também fora inadmitido sob a fundamentação de que se tratava de recurso repetitivo. Assim, a 2ª turma do STJ admitiu mandado de segurança contra a decisão que inadmitiu o agravo regimental em virtude da decisão que inadmitiu o recurso especial. Conclui-se que, nesta situação específica, o mandado de segurança pode ser utilizado para impugnar uma decisão oriunda de precedente.

Por outro lado, quando a parte entende que a matéria da sua demanda não é idêntica à matéria do precedente, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, por analogia, ser cabível medida cautelar, reclamação e também agravo de instrumento, nestes casos.

Percebe-se, desta feita, que a via recursal é altamente obstaculizada quando se trata de precedentes e que a sua aplicação no sistema jurídico brasileiro carece de maiores aperfeiçoamentos, sobretudo, para que este se assente em conformidade com as especificidades do nosso país, bem como com os postulados do que se espera ser um Estado democrático que prima pelos direitos e garantias fundamentais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações aqui expostas referentes à questão dos precedentes e sua implementação pelos Tribunais brasileiros pode-se afirmar que os motivos de sua instituição são relevantes, mas que, por outro lado, há problemas quando da sua fundamentação e aplicação.

Isso se consolida por algumas razões, entre elas, a remissão à ementas muito antigas fazendo com que o Direito se estacione e não seja pensado caso a caso. Outro problema identificado é que os precedentes não são claros quanto à matéria de fato que os ensejou, dificultando a sua aplicação. Assim, a fundamentação do precedente apresenta importância basilar, haja vista influenciar o deslinde de vários casos análogos.

Ainda, há que se ponderar a respeito dos meios jurídico-processuais de se modificar os precedentes quando de sua aplicação de forma equivocada. Como visto, os precedentes de certa forma denotam um rígido filtro recursal, principalmente, se se analisa a própria sistemática dos recursos especiais repetitivos e o requisito da

repercussão geral. Ademais, tem-se restritos os recursos admitidos para impugnar decisões advindas de precedentes.

Neste íterim, imperioso destacar os apontamentos do Ministro Napoleão Maia, neste artigo citados, porquanto correspondem a que o próprio STF admite a necessidade de prudência quando da utilização dos precedentes, sob pena de violação de direitos fundamentais inerentes ao processo e às partes litigantes.

Não se olvida em concluir que a utilização de forma equivocada e sem a devida consideração da história de aplicação do precedente corrobora pela petrificação da ciência jurídica, em um sistema que não evolui por desconsiderar a importante via recursal, bem como a grandeza da extensão de um provimento construído dialogicamente pelos operadores do Direito.

Por fim, entende-se que o gosto por institutos do *commom law* apresenta forte disposição de permanência no direito pátrio. Porém, no âmbito do civil law deve-se empreender sempre um esforço hermenêutico que transcenda a mera subsunção (do fato à norma, ou do fato ao precedente), bem como a construção de uma teoria dos precedentes a ser aqui adotada, revelando-se condizente às especificidades do sistema normativo brasileiro, com vistas a se verificar em contornos fáticos, um processo democraticamente constitucionalizado e uma sociedade coesa no sentido da garantia e efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito**. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2013. 2116 p.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. 610 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: volume 2: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. rev., ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2007. 713 p.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012. 153 p.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.184 , p. 163-194, jun. 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 342 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 1168 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.184 , p. 09-41, jun. 2010.

MEDINA, José Miguel. **Justiça não pode ser medida apenas em números**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-16/processo-justica-nao-medida- apenas-numeros>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

Tenho medo dos recursos repetitivos!” diz Napoleão Maia, no STJ. **Revista Valor**. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3258532/%E2%80%9Ctenho-medo-dos-recursos-repetitivos%E2%80%9D-diz- napoleao-maia-no-stj#ixzz2e0xV6G6y>. Acesso em: 05 fev. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. xxxvi, 796 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v.35, n.189 , p.09-52, nov. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.99, n.893 , p.33-46, mar. 2010.