

DISPERSÃO JURISPRUDENCIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A IMPORTÂNCIA DO PROFISSIONAL DO DIREITO NA ELABORAÇÃO DE UMA TEORIA PRECEDENTALISTA

JURISPRUDENCIAL DISPERSION IN THE BRAZILIAN'S LEGAL SYSTEM: THE IMPORTANCY OF THE LEGAL PROFESSIONAL ON THE DEVELOPMENT OF A JUDICIAL PRECEDENT THEORY

Makena Marchesi¹

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar a necessidade de qualificação dos profissionais do Direito para o desenvolvimento de uma técnica precedentalista no sistema jurídico brasileiro, a qual se mostra imprescindível diante da insuficiência da lei para o alcance da segurança e previsibilidade jurídica. Para tanto, utiliza-se dos métodos comparativo e dedutivo, traçando um paralelo entre os sistemas do *common law* e *civil law* a fim de ilustrar a necessidade de implantação de um sistema de precedentes neste último, o que requer a mudança de mentalidade dos profissionais da área jurídica. Inicialmente são descritas as circunstâncias de desenvolvimento do *common law* e *civil law* e delineadas as razões pelas quais estes sistemas jurídicos atribuíram ao julgador papéis distintos. Em seguida, é apontada a falência da concepção do sistema romano-germânico do juiz como mero aplicador da lei, o que resulta no crescimento da importância da jurisprudência, mesmo se tratando de fonte secundária. Nesse contexto, são indicadas as falhas na utilização das decisões judiciais pelos aplicadores do direito pátrio, sendo indispensável o desenvolvimento de uma técnica precedentalista, com o conhecimento de conceitos básicos já há muitos anos aplicados pelo *common law*, o que requer a qualificação dos profissionais jurídicos e dos estudantes de direito.

ABSTRACT

The present article intends to show the necessity of the technical application of the stare decisis in the brazilian's juridical system, since law is not enough to the juridical security and predictability, considering diverse interpretations it could originate, occasioning different judgments for identical cases. Therefore, it talks about the circumstances of development of common law and civil law, indicating the reasons why these juridical systems assigned to the judge distinct roles. Then, it shows the failure of the idea of the civil law of the judge as a simple applicator of law, what resulted on the growing importance of the jurisprudence, even being a secondary source. In this context, there are indicated failures on the use of stare decisis by the brazilian's lawyers, being indispensable the development of a precedent

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. makmarchesi@hotmail.com.

technique, with the knowledge of basic concepts utilized by the common law, what requires the qualification of jurists and the law students.

Palavras-chave: Sistema jurídico romano-germânico. Segurança jurídica. Precedentes. Técnica.

Keywords: Civil law. Legal Security. Stare decisis. Tecnic.

1. INTRODUÇÃO

À evidência, como meio de pacificação social que é, deve o direito gerar estabilidade, proporcionando segurança ao jurisdicionado, permitindo-lhe moldar sua conduta contando com certa dose de previsibilidade.

Com efeito, tanto o sistema do *commom law* quanto o do *civil law* objetivam tais fins, contudo, utilizam-se de diferentes meios para alcançá-los. Enquanto o primeiro possui como fontes primárias do direito a lei e a jurisprudência, atribuindo papel de destaque ao magistrado, ao qual permite criar o direito, o *civil law* apenas encarrega o julgador da tarefa de declarar o direito, restringindo ao Poder Legislativo a tarefa de criá-lo.

Contudo, a prática jurídica já demonstrou que a interpretação da lei é uma tarefa criativa em si mesma e capaz de gerar decisões contraditórias, razão pela qual se faz necessário o desenvolvimento de um sistema de precedentes mesmo nos países adeptos do sistema romano-germânico.

Especificamente no que tange ao Brasil, foram criados mecanismos a fim de elevar a importância da jurisprudência das Cortes Superiores, as quais possuem a função de ditar a interpretação correta do direito constitucional e infraconstitucional. Todavia, o sistema jurídico brasileiro continua permeado por decisões díspares, negando aos jurisdicionados a segurança e previsibilidade jurídicas e, por conseguinte, estimulando a litigiosidade.

Nesse contexto, é imprescindível que se aprimore a técnica de aplicação dos precedentes no Brasil a fim de que cessem as divergências jurisprudenciais e se alcance a uniformidade e a isonomia na aplicação da lei pelo Judiciário, o que por certo reduzirá a quantidade de processos.

Para que isso ocorra, é indispensável a qualificação dos profissionais da área jurídica, pois são eles que dão forma ao sistema no dia a dia, cuidando-se de agentes fundamentais para a aplicação dos precedentes.

2. COMMON LAW E CIVIL LAW: MESMOS FINS E DIFERENTES MEIOS

Como cediço, o *common law* e o *civil law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais distintas, o que ensejou a formação de tradições jurídicas diferentes, caracterizadas por institutos e conceitos próprios (MARINONI, 2011, p. 17).

Sob esse prisma, enquanto o *common law* tem como fontes primárias do direito a lei e a jurisprudência, reservando posição de destaque ao juiz, na medida em que se trata de criador do direito, o *civil law* tem como fonte primária somente a lei, delegando ao magistrado apenas a tarefa de declarar a vontade da legislação.

A valorização da criação judicial do direito pelo *common law* ganhou força com a Revolução Gloriosa de 1688 – por meio da qual o Parlamento venceu uma longa luta contra o absolutismo monárquico – uma vez que os juízes sempre estiveram ao lado do Legislativo, chegando a com ele se misturar, não havendo necessidade de afirmar a prevalência da lei sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante do poder real (MARINONI, 2011, p. 46).

De outro modo, a desconfiança da figura do juiz no *civil law* é resultado das mudanças ocasionadas pela Revolução Francesa, tendo em vista que antes do referido marco histórico os julgadores - que eram aristocratas feudais que haviam comprado ou herdado o cargo - se negavam a aplicar a legislação contrária aos membros da nobreza, interpretando as normas de forma a favorecê-los.

Destarte, após o fim do *Ancien Régime* impôs-se uma separação rígida entre os poderes, sobretudo entre as funções do Legislativo e do Judiciário, ficando os juízes limitados a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo (*juge bouche de la loi*)².

Acreditava-se que manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a norma, devendo se limitar a atuar a vontade da mesma, o que garantiria ao cidadão a previsibilidade no trato das relações sociais e a certeza jurídica³.

² “Segundo uma tradição que remete à Revolução Francesa, aos juízes é proibido decidir ‘par voie de disposition générale et réglementaire’ (art. 5º do Código de Napoleão) e, co-respectivamente, de motivar as sentenças sobre a base única de precedentes judiciais que, por tais vias, terminem por assumir o caráter de um ‘arrêt de règlement’, isto é, de uma verdadeira e própria lei. Portanto, diversamente do que ocorreu nos países anglo-saxões, na Europa continental está consolidado o ensinamento segundo o qual a jurisprudência não constitui fonte do direito.” (PICARDI, 2008, p. 145).

³ A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação dos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver. (MARINONI, 2011, p. 63).

Nesse sentido preleciona Tereza Arruda Alvim Wambier (2009):

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de *obedecer à lei*, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem "a boca da lei". As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão. Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes. (“destaque do original”)

Sem embargo, com o tempo verificou-se que o texto legal pode dar origem a diversas interpretações e, por conseguinte, a diferentes decisões judiciais, ensejando a insegurança jurídica, a ausência de previsibilidade acerca da atuação do Judiciário e o tratamento heterogêneo àqueles que buscam a Justiça para a solução dos litígios.

Nesse contexto, ganhou destaque o papel da Corte de Cassação Francesa, órgão não jurisdicional criado em 1790 para cassar a interpretação incorreta dada à lei pelos julgadores.

Com o tempo, a *Cour de Cassation* assumiu função jurisdicional, ocupando a posição de órgão de cúpula do sistema com o encargo de ditar a interpretação correta da lei (MARINONI, 2011, p. 60-61).

Dessa forma, as interpretações judiciais não mais estavam sujeitas ao controle externo, buscando-se dentro do próprio Judiciário fixar a unidade do direito. Assim, elevou-se o papel da jurisprudência dentro do *civil law* a fim de que fossem evitadas decisões conflitantes.

Nada obstante, mesmo diante da constatação pragmática que a lei não é capaz de por si só garantir a isonomia em sua aplicação, a doutrina jurídica do *civil law* ainda não se preocupou em criar um sistema de precedentes.

A esse respeito, note-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 63-64):

Trata-se de algo realmente curioso. Embora a praxe tenha constatado que de nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isso não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu o pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada.

Desta feita, é inegável que a segurança jurídica desejada no *civil law* não pode mais dispensar o sistema de precedentes, há muito estabelecido no *common law*.

3. MECANISMOS DE VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A possibilidade de decisões distintas acerca de um mesmo caso presente no *civil law* não só gera incerteza e insegurança jurídicas, mas também estimula a litigiosidade, na medida em que o ingresso no Judiciário se torna um “jogo de azar” em que se pode perder ou ganhar, a depender do posicionamento magistrado quanto à matéria.

Nesse contexto, o Judiciário se vê assoberbado, tendo em vista o crescente número de processos, o que o leva a buscar meios de valorização da jurisprudência com o fim de uniformizar a interpretação judicial do direito e, conseqüentemente, dar vazão aos processos que lotam os escaninhos das Varas e Gabinetes, bem como inibir o ajuizamento de novos feitos⁴.

Sob esse prisma, assume posição de destaque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça⁵, Cortes Superiores às quais incumbe, respectivamente, fixar a interpretação da Constituição e da lei, uma vez que foram criados diversos mecanismos a fim de conduzir as instâncias inferiores a se servir dos entendimentos exarados pelos aludidos tribunais.

A título exemplificativo, podem-se citar os artigos 285-A, 557, 543-B, 543-C e § 1º do artigo 518, todos do Código de Processo Civil.

Com efeito, o artigo 285-A do Código de Processo Civil⁶ prevê o julgamento liminar de mérito pela improcedência da ação quando se tratar de matéria unicamente de direito e o juízo já houver se manifestado de tal forma em casos idênticos.

⁴ “O notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos que incluem o reforço dos poderes do relator, em associação com meios e modos de valorizar os precedentes judiciais consolidados.” (DINAMARCO, 1999, p. 128).

⁵ O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 com a ambição de ser o órgão que aliviaria a excessiva carga do Supremo Tribunal Federal, absorvendo parte de sua competência, ao qual cumpriria resgatar a uniformidade do entendimento acerca do direito objetivo federal por meio do instrumento processual do Recurso Especial.

⁶ 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.

A propósito, embora o dispositivo não mencione, conforme a maioria da doutrina⁷ e jurisprudência⁸ pátrias, o entendimento do juiz deve ser consonante com o dos tribunais superiores, pois esse instrumento serve à ratificação da jurisprudência sólida das Cortes Superiores.

Assim, a técnica de julgamento liminar de mérito do art. 285-A, ao combater a proliferação de causas repetitivas, traz traços de respeito à jurisprudência.

Por sua vez, o artigo 557⁹ aumenta os poderes do relator e impõe a valorização da jurisprudência ao permitir que este negue seguimento ao recurso de forma monocrática quando manejado em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior ou, ainda, que lhe dê provimento de igual forma quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior.

Do mesmo modo, o § 1º do artigo 518 do Código de Processo Civil¹⁰ propugna o respeito às decisões dos tribunais superiores, buscando fazer com que os processos decididos nos termos de súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal sejam apreciados em um único grau de jurisdição.

⁷ Nesse sentido: Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 14-15), Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2006, p. 66) e Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 518).

⁸ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE. ART. 285-A DO CPC. ENTENDIMENTO DO JUÍZO SENTENCIANTE. DISSIDÊNCIA RELATIVA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. APLICAÇÃO DA NOVA TÉCNICA. DESCABIMENTO. EXEGESE TELEOLÓGICA. 1. A aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. 2. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2011)

⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

¹⁰ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Não se pode deixar de falar dos artigos 543-B¹¹ e 543-C¹² do Código de Processo Civil, os quais preveem o julgamento de recursos repetitivos por amostragem pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça com o sobrestamento dos demais recursos até que haja o pronunciamento definitivo da Corte Superior acerca da questão de direito discutida.

4. A AUSÊNCIA DE UMA TÉCNICA PRECEDENTALISTA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

¹¹ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se.

§ 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.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

¹² Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Mesmo diante da criação dos supracitados mecanismos o sistema jurídico brasileiro continua a mercê da insegurança e incerteza jurídicas, tendo em vista a permanência da falta de sistematização e uniformidade na aplicação da jurisprudência.

Isso porque, objetivando desafogar os tribunais, reproduz-se o método silogístico, agora com a jurisprudência ocupando o lugar da lei como premissa maior, não havendo uma técnica para a aplicação do precedente¹³ com uma comparação rígida entre o *leading case* e o caso concreto que está em julgamento.

Outro não é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira (2007):

“Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes – operação a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores.” (“destaque do original”)

Sem embargo, dever-se-ia prestigiar um raciocínio consistente na identificação da regra de direito estabelecida no precedente que envolveu fato semelhante ao que está em julgamento e não somente fazer menção a ementas ou a parte dispositiva da decisão anterior¹⁴.

¹³ Michele Taruffo afirma que quando se fala em precedente se faz referência a uma decisão relativa a um caso particular que se firma como paradigma, podendo ser aplicada como critério de decisão num caso subsequente em razão da possível analogia entre fatos dos dois casos. O precedente somente será eficaz se houver uma justificação quanto à aplicação da *ratio decidendi* de um primeiro caso num caso subsequente, determinando a decisão deste último. Por sua vez, a jurisprudência se trata de uma pluralidade muito ampla de decisões relativas a diversos casos concretos (TARUFFO *apud* CARNEIRO JÚNIOR, 2012. p. 142). Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 215) acrescenta ainda que o precedente não é sinônimo de decisão judicial, na medida em que esta é vista apenas sob o aspecto formal, enquanto o precedente encerra decisão de matéria de direito que ostenta características para se firmar como paradigma a orientar julgadores e jurisdicionados, características essas que se encontram no conteúdo material da própria decisão e que tem aptidão para produzir efeitos externamente a ela.

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho denominou “jurisprudência precedentalista” a técnica atualmente utilizada nas decisões do Judiciário brasileiro de citação mecânica de ementas de julgados e decisões. Ao definir a referida expressão o autor afirma que “Jurisprudência precedentalista é aquela que recorre sistematicamente a remissões e reenvios para sentenças anteriores onde foram discutidos as mesmas questões ou questões semelhantes. Esse tipo de jurisprudência merece sérias reticências à doutrina. Num trabalho publicado em 1984, um jurista alemão (R. Schmidt) chamava a atenção para a prática profissional dos juízes. Ter-se-ia instalado um *positivismo jurisprudencial jurisdicional* ancorado num precedentalismo metódico judicialmente fechado. Mas de que precedentalismo se trata? De reenvio para *leading cases* que se transformaram em casos de arte jurisprudencial? Não! De ‘assentos’ ou de uniformizações de jurisprudência, tendencialmente inevitáveis e desejáveis? Não! O que se passa é um pragmatismo do caso baseado noutros ‘casos’. A remissão de ‘sentença para sentenças’, o ‘reenvio de acórdãos para acórdãos’ poderá ser um meio de ‘descarga’ da inflação processual, mas pode transformar-se também na morte da própria jurisprudência. Se o teoreticismo jurisprudencial corre o risco de uma *scientia sem prudentia*, o positivismo precedentalista coloca-nos perante os perigos de uma *prudentia sem scientia*.” (“destaques do original”) (CANOTILHO, 2003)

A esse respeito, é importante que se conheçam os elementos que compõem o precedente: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* a fim de se evitar o risco da distorção do precedente e se propiciar uma aplicação uniforme e isonômica do Direito¹⁵.

In proposito la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.(TARUFFO)

É preciso ainda, que se tenha domínio da técnica de *distinguish* (demonstração de que o caso possui particularidades que o diferenciam) e *overruling* (método de superação dos precedentes).

Contudo, a aplicação equivocada dos precedentes não resulta apenas da conduta dos julgadores das instâncias inferiores, mas também da ausência de técnica de elaboração das decisões pelos Tribunais Superiores, os quais não se preocupam em decidir de forma fundamentada de modo a permitir a utilização da *ratio decidendi* em casos futuros.

Sobre o tema, afirma Maurício Martins Reis (2013) que

A possibilidade de literalmente “desrespeitar” um precedente ocorre em virtude do fato de o próprio precedente não se ter dado o respeito para vincular futuros casos: ele tolerou o próprio descumprimento, na medida em que omitiu ou mal fundamentou os critérios ou as razões afastadas em benefício da orientação (arbitrariamente) escolhida.

Outro fator que ocasiona a incerteza jurídica e a ausência de previsibilidade são as divergências de posicionamentos dentro das próprias Cortes Superiores, as quais, em que pese se constituírem em órgãos uniformizadores da interpretação das normas constitucionais e legais, não são capazes sequer de alcançar uma posição comum interna, o que acaba por refletir nas instâncias ordinárias.

Quando um dos tribunais superiores profere uma decisão, espera-se que, justamente em virtude da missão que lhes foi atribuída pela Constituição Federal, *daquela decisão se extraia verdadeiro modelo de atuação*, para os próprios tribunais e para todos os demais órgãos do Judiciário, de modo que, mesmo que ainda não sumulado um determinado entendimento, sirva, aquela decisão judicial, como parâmetro para os julgamentos futuros.

¹⁵ “Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de 'redação do preceito normativo jurisprudencial', a *ratio decidendi*, a 'norma jurídica geral' construída a partir de casos concretos.” (STRECK, 2009).

A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que deem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.¹⁶(WAMBIER, 2009)

Além disso, os jurisdicionados têm que lidar com as constantes mudanças de posicionamentos das Cortes Superiores, que ocorrem muitas vezes de maneira abrupta e nem sempre por motivações jurídicas.

A propósito, observe-se o ensinamento de Tereza Arruda Alvim Wambier (2009):

Há exemplo recentíssimo, que demonstra como as divergências jurisprudenciais *criadas* pelos próprios Tribunais Superiores podem ter efeitos gravíssimos, sobre toda a jurisprudência nacional e, conseqüentemente, sobre toda a sociedade.

Em 2005, o STF proferiu decisão no sentido de que a norma que autorizava a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação seria inconstitucional. É natural, diante disso, que vários outros tribunais do País tenham adotado o mesmo entendimento, já que a referida decisão ganhou ampla repercussão, e vários recursos tenham sido interpostos contra as decisões manifestadas em sentido contrário àquela exarada pelo STF. Não bastasse, como a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida *ex officio* no curso do processo de execução, muito provavelmente várias penhoras, realizadas sobre o bem de família do fiador de aluguéis, acabaram sendo desconstituídas mesmo sem provocação do interessado.

Mas eis que, no começo do ano de 2006, o STF reviu seu posicionamento, manifestando-se em sentido contrário.

Naturalmente, *esta nova orientação agravará, ainda mais, a instabilidade jurídica até então existente*, a respeito da referida questão. (“destaque do original”)

Acerca das oscilações de entendimento, confira-se ainda didático acórdão proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228432:

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.

¹⁶ No mesmo sentido se dá a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 127): “[...] Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Neste sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de ‘afirmar’ o sentido das normas constitucionais. Deixando-se de lado a questão relacionada ao Supremo, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual.”

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 judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. (BRASIL, 2002)

Outro problema que prejudica a aplicação uniforme e isonômica do Direito no sistema jurídico brasileiro é a crença de que o magistrado é independente para decidir conforme sua convicção.

Sem embargo, somente será possível o alcance da previsibilidade quando os juízes afastarem as interpretações pessoais e passarem a se manifestar de modo institucionalizado, isto é, como membros de um sistema, afinal a jurisdição é una¹⁷.

Ora, se não há dúvida que o Judiciário, tomado em sua unidade, não pode atribuir vários significados à lei ou decidir casos iguais de forma desigual, restaria àqueles que sustentam que o juiz não pode se subordinar ao precedente o argumento de que o Judiciário pode e deve ter diversos entendimentos e decisões sobre a mesma lei e o mesmo caso, como se fosse um Poder irremediavelmente multifacetado.

Ora, um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdente, se digladiam. (MARINONI, 2011, p. 205)

Nesse contexto, de pouco adianta uma legislação estável diante da constante alternância das decisões judiciais. Como atos de poder que são, tais decisões devem ter estabilidade, na medida em que tais atos geram responsabilidade para aquele que os instituiu. Assim, não podem as decisões ser livremente desconsideradas pelo próprio Poder Judiciário. (MARINONI, 2011, p. 30)

Com efeito, existe uma falha no sistema jurídico pátrio que contribui para a existência de todas as problemáticas apontadas, a qual consiste na falta de preparo do profissional jurídico para lidar com os precedentes.

O ensino jurídico brasileiro é focado em conceitos, fontes, história, códigos, leis, não dispensando a devida importância aos precedentes, o que, evidentemente, reflete na formação de profissionais do direito que reproduzem tal modelo.

Sobre o tema, preleciona Amílcar Araújo Carneiro Júnior (2012, p. 112):

¹⁷ Registre-se, por oportuno, que o que se combate por meio do presente estudo não é a possibilidade de juiz criar o direito, o que é inquestionável, na medida em que a decisão judicial consiste em norma individual a ser aplicada a determinado caso concreto, mas a criação de normas distintas para casos iguais, o que por óbvio fere de morte a segurança jurídica.

[...] No *Civil Law*, o estudante de Direito estuda por meio de livros de direito substantivo ou processual, denominado doutrina, que contém um histórico, fontes, conceitos, classificação, e comentários, o que remete o estudante a artigos dos códigos e das leis em sentido estrito. São assuntos e conceitos desenvolvidos e sedimentados ao longo do tempo, muito calcados na interpretação da lei, não se dando a devida ênfase aos precedentes dos tribunais superiores e inferiores. O método de ensino se dá na mesma toada, e, de modo geral, os professores repetem o conteúdo da doutrina em sala de aula, não havendo um compromisso maior com a prática ou com reflexões mais críticas. Há exceções, é claro.

Logicamente, esta formação jurídica irá influenciar o profissional do Direito que a reproduzirá em sua atividade profissional, como juiz, membro do Ministério Público, defensor, advogado público ou privado.

Destarte, mesmo diante da valorização da jurisprudência pelo *civil law* em razão da necessidade de decisões uniformes, o mundo acadêmico permanece preso a um modelo jurídico ultrapassado, reproduzindo um aprendizado baseado em normas e doutrina somente.

5. EM BUSCA DA UNIFORMIDADE

É indubitável que a dispersão jurisprudencial é prejudicial para o ordenamento jurídico, ocasionando um cenário de incerteza, insegurança, e estimulando a litigiosidade, como já dito.

Assim, é importante que se busque uma aplicação sistemática dos precedentes, com a devida fundamentação a fim de que se possa extrair a *ratio decidendi* dos julgados, distinguindo-a do *obiter dictum*.

Para tanto é imprescindível a qualificação dos profissionais da área jurídica, com a introdução do estudo dos precedentes na grade curricular das faculdades a fim de que os futuros operadores do direito estejam preparados para a aplicação precedentalista uniforme e fundamentada nas diversas áreas em que forem atuar.

Sem embargo, em caráter imediato, é imprescindível a qualificação daqueles que já atuam no âmbito jurídico, principalmente, dos julgadores. Dessa forma, os órgãos ligados à magistratura devem investir na qualificação dos que julgam para que o Judiciário possa lidar com a aplicação dos precedentes de maneira racional e madura, deixando de lado dogmas obsoletos tais como a independência do juiz para decidir conforme a sua convicção.

Somente com a qualificação de Ministros, Desembargadores e juízes acerca da importância dos precedentes será possível o alcance da coerência interna no Judiciário quanto à aplicação de suas próprias decisões, pondo fim à dispersão jurisprudencial.

Do mesmo modo, órgãos ligados às diversas carreiras jurídicas devem preparar seus profissionais para lidar com a técnica precedentalista, afinal, também para advogados,

defensores, promotores e procuradores é imprescindível a correta identificação da *ratio decidendi* de um julgado com o objetivo de saber se os fundamentos nos quais se embasa também são aplicáveis ao caso com o qual se deparam.

Assim sendo, somente com o preparo dos profissionais é possível que se aprimore a técnica precedentalista pátria.

6. CONCLUSÃO

Diante da multiplicidade de entendimentos jurisprudenciais acerca de um mesmo tema, a qual não se limita a existir entre órgãos jurisdicionais distintos, mas também se verifica dentro dos tribunais pátrios, entre turmas e seções, bem como em face da oscilação dos entendimentos das Cortes Superiores brasileiras, é notória a importância da elaboração de um sistema de aplicação de precedentes a fim de que se possa garantir aos jurisdicionados a segurança e previsibilidade jurídicas.

O respeito a uma técnica na utilização dos precedentes permitirá que os cidadãos conheçam o direito e tenham a certeza de sua aplicação uniforme e isonômica, o que diminuirá a litigiosidade e proporcionará ao cidadão que pautar sua conduta em conformidade com o entendimento do Judiciário acerca da lei, trazendo-lhe tranquilidade no desempenho dos atos da vida civil.

Sem embargo, a mudança de um sistema jurídico com a criação de uma técnica precedentalista requer o preparo dos profissionais que nele atuam, sob pena de que o jurisdicionado seja vítima da ausência de preparo dos julgadores, advogados, promotores, defensores e procuradores, o que é indesejado e até mesmo injusto.

Nesse contexto, cabe aos órgãos de classe investir na qualificação dos profissionais a eles vinculados a fim de que conheçam conceitos básicos acerca dos precedentes tais como *ratio decidendi* e *obiter dictum* e ainda, aprendam a comparar casos, identificar um julgado paradigma, verificar sua aplicabilidade à determinada hipótese e até mesmo provocar a alteração de um entendimento calcado em precedente que não mais se aplica em razão das mudanças sociais.

É preciso ainda, que seja superado o velho mito da independência funcional do juiz como característica que lhe permite decidir conforme suas convicções pessoais, haja vista a impossibilidade de se submeter aquele que busca a Justiça à incerteza das convicções do julgador.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 07 abr. 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 228432/RS, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 01/02/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000492370&dt_publicacao=18/03/2002>. Acesso em 15 jul. 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1109398/MS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/06/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1109398&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#>. Acesso em 27 jan. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tribunal constitucional, jurisprudências e políticas públicas*. Lisboa, 2003. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html?impressao=1>>. Acesso em 27 jan. 2014.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Coleção Andrea Proto Pisani. Vol. 3. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98*. Coordenação de Tereza Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In *Revista de Processo*. n 184. Jun. 2010. p. 233-270.

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

MEDINA, José Miguel Garcia e Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In *Temas de direito processual civil (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REIS, Mauricio Martins. Precedentalismo judiciário: precedentes obrigatórios ou persuasivos? A força argumentativa dos julgados do STF. In *Revista dos Tribunais*. n 932. Jun. 2013. p. 389-424.

SANTANA, Felipe Teles. *Recurso Especial e o precedente no direito processual civil brasileiro*. 2013. 184 f. Dissertação (mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"? In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 78. Mai. 2009. p. 284-319.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In La ciencia del derecho procesal constitucional. *Estudios en homenaje a héctor fix-zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo V. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em 14 jul. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim Wambier e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In *Revista de Processo*. n 172. Jun. 2009. p. 121-174.

_____. Restrições indevidas ao direito de recorrer. In *Revista de Processo*. n 130. dez. 2005. p. 249-251.