

INAPLICABILIDADE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

INAPPLICABILITY OF LEGAL THEORY OF PRECEDENT IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Iuri Telles Fernandes*
Carlos Angélico Campos de Lima Filho**

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil trará a aplicação de uma nova teoria no ordenamento jurídico brasileiro, que há muito já vem sendo discutida e aclamada por diversos processualistas renomados. A teoria do precedente judicial obrigatório, desenvolvida no *common law* inglês, é uma arma poderosa no controle da discricionariedade dos juízes desse sistema, vez que baseia-se num sistema que encontra nos costumes amparo jurídico. O legislador brasileiro busca efetivar princípios constitucionais, e invoca a necessidade da teoria quando se depara com a figura do princípio da razoável duração do processo. Ainda, há outros como a segurança jurídica e o respeito às decisões proferidas por tribunais superiores. Porém, o que se esquece é das consequências do uso indiscriminado do *stare decisis*, vez que visa controlar o poder de interpretar e aplicar o direito diante do excesso de discricionariedade, o que não é característico do sistema jurídico brasileiro. Antes de se efetivar mais um método de controlar as decisões judiciais, como ocorre com as súmulas e os recursos repetitivos, deve-se observar a efetividade de uma teoria da decisão judicial, tendente a abolir decisões mal formuladas e destoantes da realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente judicial; Inaplicabilidade; Consequências; Teoria da decisão.

ABSTRACT

The New Code of Civil Procedure will bring the application of a new theory in the Brazilian legal system, which has long since been discussed and acclaimed by many Processualists. The theory of binding judicial precedent, developed in English common law, is a powerful weapon in controlling the discretion of the judges of this system, since it is based on a system that finds legal support in customs. Brazilian legislators search effecting constitutional principles, and invoke the need of the theory when faced with the figure of the principle of reasonable duration of the process. Still, there are others such as legal certainty and respect for the decisions of higher courts. But what we forget is the consequences of the indiscriminate use of *stare decisis*, as it aims to control the power to interpret and apply the law that the excess of discretion, which is not characteristic of the Brazilian legal system. Before affecting another method of controlling judicial decisions, as with the summaries and repetitive features, you must observe the effectiveness of a theory of judicial decision, aimed at abolishing badly formulated and divergent decisions of reality.

KEYWORDS: Previous court; Inapplicability; Consequences; Decision theory.

* Advogado. Mestrando pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Professor Universitário.

** Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário EuroAmericano - UNIEURO
carlosdelimafilho@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A utilização de precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro vem sendo tratada como resolução da problemática da inefetividade do princípio constitucional da duração razoável do processo, que se conclui da insatisfação do jurisdicionado, bem como do excesso de demandas judiciais. Advieram respostas do legislador e do judiciário, como a súmula, vinculante ou não, e o aperfeiçoamento da jurisprudência. Essa discussão envolve o estudo de princípios constitucionais efetivados por meio do direito processual civil, assim como depende da correta relação com as várias teses desenvolvidas a cerca da hermenêutica jurídica.

A aproximação do uso da teoria do precedente judicial, ou até mesmo o seu uso efetivo no sistema jurídico brasileiro não é a solução do problema, sendo, ao contrário, a alternativa equivocada a tornar o judiciário mais célere e eficiente. O problema maior está na deficiência do conteúdo das decisões judiciais, por vários aspectos, dentre eles, o desuso da lei escrita, a interpretação amarrada pelos tribunais superiores, a confusão ao se aplicar em conjunto com a jurisprudência e as súmulas, etc.

Há grande dificuldade na compreensão dos precedentes judiciais utilizados no Brasil frente à teoria dos precedentes judiciais utilizada no sistema jurídico estrangeiro. Existe uma distorcida interpretação da teoria utilizada no *common law*, no sentido de que tenha gerado a adoção interna pela súmula vinculante e pelo sistema de julgamento de recursos repetitivos.

O Novo Código de Processo civil trará a previsão legal da teoria do precedente judicial estrangeira, efetivando-a no sistema jurídico brasileiro. A necessidade de se antecipar as consequências negativas do uso indiscriminado dessa teoria é de grande relevância, vez que não resolverá os problemas deixados pelo mau uso da jurisprudência e das súmulas.

O uso indiscriminado da jurisprudência vem demonstrando a sensibilidade do judiciário em fundamentar seus julgados, inculcando nos processos, desde o primeiro grau, fórmulas e receitas automáticas a casos idênticos. Agora, esses mesmos julgadores serão impelidos pela nova sistemática interpretativa do precedente judicial, a revestir suas decisões da regra contida em apenas um julgado, caso sejam os fatos considerados idênticos. A exceção agora se tornará regra, tanto quanto a própria lei escrita. Várias barreiras forçarão os juízes a admitirem as interpretações dos tribunais superiores.

O ideal, antes de se cogitar tal excepcionalidade, é aperfeiçoar uma teoria da decisão, de forma a efetivar a qualidade dos julgados distintos, afastando as fundamentações insuficientes. Por meio disso, evitam-se algumas consequências perigosas do uso impensado dos precedentes obrigatórios, tais como a sobreposição sobre o direito legislado, a usurpação da liberdade do juiz de primeiro grau, a discricionariedade dos órgãos de cúpula frente à instabilidade política brasileira, assim como a estagnação de entendimentos e a provável revolta contra a vinculação a entendimentos.

Demonstrar a inaplicabilidade, ainda que efetivo no que diz respeito à intenção do legislador, é o cerne do trabalho, indicando por fim da necessidade da efetividade de uma teoria da decisão judicial.

1. O NOVO CPC E O PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO

O Código de Processo Civil de 1973 é considerado um documento processual bastante técnico, digno inclusive de manifestações positivas por outros estados soberanos. Porém, a evolução da sociedade, tanto na seara demográfica quanto propriamente social, juntamente com a Constituição Federal de 1988, demandou a necessidade de criação de um novo Diploma Processual.

Deve-se lembrar que, assim como outros, o Código de Processo Civil tem como alvo o povo, e não advogados, magistrados, promotores, autoridades políticas, procuradores, etc. Deve atender às necessidades da população, aos anseios sociais. Trata-se de princípio básico na formulação de leis processuais.

Para se confirmar o opróbrio pano de fundo da celeridade processual do legislador nas corriqueiras mudanças na legislação processual, com a desculpa de uniformização do direito e segurança jurídica, foi realizado o *II Pacto Republicano de Estado*.

Tal pacto muito cita um tema que deveria ser prioritariamente implantado e fomentado, não apenas pelo judiciário, mas pelos demais poderes, que é a resolução de conflitos antes mesmo da existência de processo. Levantando uma crítica ao aspecto de prioridades, há de se ressaltar um olhar mais atento ao processo de conciliação e arbitragem no Brasil, institutos que estão gradativamente tomando lugar e mostrando sua eficácia.

O ponto mais importante, em relação às tratativas do pacto é a questão do princípio da razoável duração do processo como objetivo. Importa a transcrição do trecho que trata dos objetivos do pacto:

Firmar o presente **PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO**, com os seguintes objetivos:

I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados;

II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;

III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana. (grifou-se) (BRASIL, 2009)

O princípio constitucional é invocado para resolver o problema da prestação jurisdicional de forma compromissada. O anteprojeto do NCPC, na sua exposição de motivos, traz a seguinte declaração:

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. (BRASIL, 2010)

Agora, a intenção, não só do legislador, mas dos poderes, é mais uma vez embutida de forma implícita nos textos, trazendo o desejo em se aplicar a sistemática do precedente judicial obrigatório não em forma de regra, mas em forma de concretização de princípios.

Todos os detalhes do sistema estrangeiro são delicadamente inseridos no corpo da exposição de motivos. Nos trecho a seguir verifica-se até mesmo a utilização da superação de precedentes:

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: “*A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas*”.

Art. 449

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2010)

Vê-se que no artigo citado o legislador vem elencando além das duas formas de precedentes com caráter geral, a de caráter específico, que se refere à aplicação da teoria do precedente judicial estrangeiro, vez que ainda não aplicada no atual cenário jurídico, de forma efetiva.

Se os diversos institutos que tratam do impedimento de recorrer ou acionar o judiciário quando houver entendimento pacificado exigem a comprovação de que aquele precedente não se aplica mais no caso concreto, estamos diante do *overuling*. Pois nesse

caso, sendo o caso concreto idêntico, deve-se comprovar que o tribunal superior está errado, o que seria absurdamente improvável de alcançar.

Isso não se aplica no caso da súmula, evidentemente, vez que a súmula permite diversas interpretações, ao contrário de um precedente judicial, que ou se aplica ou se supera nos casos idênticos.

O princípio da isonomia processual, do contrário como se infere da leitura da exposição de motivos, não deve ser tratado numa visão decisionista do processo, e sim intermediária. Quer dizer que, poderá haver decisões diferentes, mas não tratamento desigual. Como será tratado posteriormente, obrigar o juiz a decidir conforme o que já foi decidido, não resolve o problema, mas sim a adoção de critérios de decisão.

O projeto manteve a ideia de efeito vinculante e coisa julgada, lembrando-se que tais atribuições são típicas de sistemas que aplicam o controle abstrato de constitucionalidade, importadas do sistema alemão de controle. Convola-se assim que o sistema de vinculação que vem se usando não adveio do *common law*, mas parece que esta é a tendência acerca da obrigatoriedade do precedente judicial.

No controle de constitucionalidade forjou-se o que conhecemos por vinculação da decisão, efeito este tratado no artigo 102, § 2º, da CRFB/1988. Lenio Streck faz a diferenciação da seguinte forma:

Assim, entendemos que o efeito vinculante (art. 102, § 2º, da CF/1988) não pode ser equiparado à eficácia vinculante do sistema de precedentes e *stare decisis*, porquanto sua institucionalização tem origem no sistema alemão de controle de constitucionalidade, além de não poder ser utilizado para decisão que não realize o controle abstrato de constitucionalidade, o que já evidencia sua diferença em relação ao precedente do *common law*. (STRECK. 2014,p.100)

Saliente-se, ademais, que já se vem fazendo uso (vinculação de decisões e súmulas), nos encaminhamos para a aplicação, também, de uma teoria do precedente judicial obrigatório.

Ainda, existe um capítulo exclusivo para tratar do precedente judicial, surgindo a expressão final de quê, efetivamente, o sistema jurídico brasileiro se tornará adepto da ilusória fórmula mágica do precedente judicial estrangeiro. No capítulo XV, sob o título de “DO PRECEDENTE JUDICIAL”, o NCPC inicia uma série de regras, atinentes à teoria aplicada no *stare decisis*, tais como a vinculação horizontal e vertical de precedentes, a superação (*overuling*) e a não aplicação (*distinguishing*)

Na leitura de tal capítulo verifica-se uma extrema imprecisão terminológica, resultante da indissociável utilização da palavra “jurisprudência” e “precedente”. A partir do

artigo 520 verifica-se o emprego de precedente como jurisprudência dominante a ocasionar verbete de súmula.

No parágrafo segundo, ainda, indica que “É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Primeiramente, fatos não quer dizer estritamente circunstâncias. E, dificilmente, verbete de súmula vincula-se aos fatos que desencadearam a jurisprudência dominante.

A sistemática do precedente obrigatório é algo que já vem implicitamente em sua exposição de motivos, e explicitamente em seus dispositivos, na tratativa do NCPC, idealizado como a resposta à concretização do princípio da razoável duração do processo. Assim como concretização da constituição no processo civil brasileiro. Porém, essa difusão e paixão pelo sistema estrangeiro não deve ser visto de tal forma, vez que, além de camuflar a intenção de impedir ações e recursos, trará problemas novos e evidenciará problemas que advieram das súmulas vinculantes, recursos repetitivos e indeferimentos antecipados por parte de relator e do próprio magistrado de primeiro grau.

Por mais que efetivamente o *stare decisis*, ou sistema de precedentes obrigatórios, não esteja inserido no sistema jurídico brasileiro é plenamente discutido e invocado nos diversos discursos acerca do processo civil.

3 O PROBLEMA DE SE APLICAR O PRECEDENTE JUDICIAL OBRIGATÓRIO NO SISTEMA JURÍDICO ATUAL

A primeira abordagem de repulsa ao uso de um sistema estrangeiro sem se levar em conta o direito interno é constitucional. Ressalte-se que a constituição nos países que desenvolveram um sistema de precedentes judiciais é de interpretação aberta, destituída de regras, dotada de princípios. Princípios estes que permitem a sua sobrevivência às tecnologias e a evolução da sociedade em si mesma.

Normalmente um texto constitucional deveria ser um conjunto de normas mais gerais, ter um grau de generalidade relativamente maior que o grau de generalidade da linguagem dos textos da legislação ordinária. Porém, no caso de constituições analíticas, essa pode vir a ser relativizada.

Pode-se encontrar na CRFB/1988 um texto com um grau de especialidade tão grande quanto os encontrados na legislação infraconstitucional (regras). Normas mais gerais podem ser enquadrar e acompanhar a evolução social e política de um estado.

O Legislador Originário sabia que no Brasil não se visualizava uma estabilidade política, propícia a confiar, exclusivamente, nas mãos das autoridades, a disponibilidade na aplicação de normas dotadas de interpretação aberta. Não há a mesma estabilidade política visualizada na criação da constituição Norte-Americana, pois, esta ainda subsiste desde a sua entrada no mundo jurídico daquele Estado.

Não houve o luxo de se permitir a criação de uma constituição extremamente principiológica, porque, como os princípios dão maior poder discricionário àquele que o aplica ter-se-ia então uma insegurança jurídica.

A Carta Política posta veio dotada de regras para propiciar maior segurança jurídica à sociedade, principalmente pelo conhecimento de um período pós-ditatorial.

Visou-se também garantir que o Executivo não usurpava a liberdade dos demais poderes colocando-se o máximo de garantias o mais específicas possíveis.

O princípio, então, é um tipo de norma que tem um grau de generalidade muito grande, assim, aplicado a um caso concreto gera uma indeterminação. Quanto mais geral uma norma, maior é o grau de indeterminação no caso concreto.

A regra não gera poder discricionário. Hart e Kelsen falavam que o juiz, quando diante da generalidade, e mesmo a doutrina, criando um quadro de opções, deve escolher apenas uma, ocorrendo discricionabilidade (RAMIRES. 2010, p.115-116).

É muito complicado concordar com essa ideia, do ponto de vista realista pode até ser verdade, mas do ponto de vista de uma teoria mais idealista é muito frustrante admitir que se esteja nas mãos de um juiz, e a ciência do direito tem que buscar critérios para uma teoria que aponte a melhor solução em cada caso concreto. Solução que não vem por meio da obrigatoriedade de se aplicar aquele ou esse entendimento, e sim do modo como os julgadores escolhem a melhor decisão ideal.

O que diferencia o positivismo do pós-positivismo é a busca dessa teoria. Por isso que se destacam, hoje em dia, a teoria da argumentação e da interpretação do direito, como estudo essencial e sempre moderno.

A teoria da interpretação no positivismo se limitou à constatação do problema. As teorias atuais vão buscar solucionar esse problema no caso concreto.

A vantagem de a Constituição Federal ter um grau de generalidade muito maior é que o texto constitucional pode sobreviver por muito mais tempo do que o texto da legislação infra. Adapta-se às necessidades e realidades de cada tempo. Porém, geram maior

poder discricionário para a autoridade que manuseia a lei, tanto criando quanto a aplicando, acarretando em insegurança.

A importação e aplicação de uma teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro afetaria notadamente o que se tentou evitar. Irá retirar dos juízes a capacidade discricionária de escolher a melhor decisão ao caso concreto, ao passo que dará plena discricionariiedade aos tribunais superiores para criar o direito e obrigar que este seja verticalmente venerado.

Daí corre-se o risco de fornecer uma ferramenta cujos poderes, utilizados da maneira errada, invocarão a tão temida arbitrariedade, pois a instabilidade política é notada em nossa corte suprema, órgão evidentemente político e mensurado implicitamente ao Executivo.

Os ministros do STF são indicados pelo chefe do executivo, nomeados após sabatina no Senado Federal. Como se pode confiar na cúpula do Poder Judiciário que é composta por meio de um processo político e vinculado. Como se pode confiar na discricionariiedade da Corte Suprema em produzir precedentes se estes são revistos por si mesma. Tal problema já teria sido pré-visualizado por uma Constituição que estava a frente de seu tempo.

O professor Rosemiro Pereira Leal (2005) afirma que é necessário sim ter tanto uma lei civil quanto processual civil que observe o processo constitucional em seu próprio corpo, porém destaca a atuação desmembrada da jurisdição em desfavor da lei. Seria “uma jurisdição sem procedimento e processo”, afirmando que o processo civil ainda é utilizado sob um rótulo de “cidadania”, mas na verdade há um pano de fundo individualizado, em favor de uma minoria.

É um poder teórico ofertado ao povo, surgido à arbitrariedade de um grupo que se mostra teatral e redundante, disposto a manter aquilo que naquilo sempre foi. A Constituição Federal quis evitar a arbitrariedade, com pressuposto na discricionariiedade, retirando o máximo possível de seu corpo princípios que podem ser moldados ao prazer de quem obtém o poder da discricionariiedade.

Neste caso, não do juiz singular ou de segundo grau, mas das cúpulas, que querem propiciar mecanismos engessadores e mantedores de seu entendimento vinculado e fantasioso num enorme teatro processual. Nossa cúpula não é confiável, a própria Carta Magna assim já avisava.

3.1 O RETORNO DAS REVOLTAS CONTRA O FORMALISMO

Após a Revolução Francesa o Barão de Montesquieu, envolto sobre o iluminismo, havia desenvolvido a teoria da separação dos poderes, com o intuito de melhor distribuição e administração dos poderes do Estado. Porém, havia um problema quanto ao Judiciário da época. Os cargos dos juízes eram totalmente manipulados, herdados e comprados. Com isso, sem vinculação ou uma forma pré-estabelecida de decisão, julgavam como queriam.

Esses juízes, ainda característicos de um período absolutista, decidiam de forma espúria e indeterminada, na maioria se utilizavam do cargo para troca de favores aos aristocratas da época. Isso gerava um total descompasso entre as diversas decisões e o arcabouço legislativo. Daí surgiu o ideal positivista, momento em que a decisão do juiz não era mais dotada de discricionariedade, muito menos de arbitrariedades.

O positivismo surgiu com esse argumento, de que o juiz não poderia fugir do leque de opções que a própria lei fornecia em seu texto. Estava vinculado à lei para se evitar decisões destoantes do que o Parlamento pensava, sendo o Parlamento a declaração de vontade do povo.

Em atenção ao sistema de *civil law*, vez que no *common law* não foi tão evidente, a revolta contra o formalismo veio a tona. O professor Mauro Cappelletti menciona tal revolta como um marco em relação à discricionariedade do julgador ao decidir, criando o direito:

Em todas as suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico dessas revoltas – [...] – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiniana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”. (CAPPELLETTI. 1999, p.32)

O autor lembra que o julgador é sim um produtor do direito, assim como o legislador, não devendo ficar preso a interpretações pré-determinadas, a teses presas em apenas um quadro de opções:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento” [...].(CAPPELLETTI. 1999, p.32)

Ao julgador deve ser imputado o grau de responsabilidade garantido por anos de conquista hermenêutica, a ele deve ser colocado o litígio e confiada a resposta.

Com a vinculação do julgador ao entendimento dos tribunais superiores é perceptível se sentir certa positivação do direito jurisprudencial. Antes o juiz era considerado “boca da lei”, hoje se pode dizer que se encaminha o sistema a um juiz “boca da jurisprudência”.

Já se discute tantos problemas envoltos ao modo que se aplicas as súmulas, agora, com a ilusória mágica dos precedentes do *common law*, quer-se piorar a situação do primeiro e segundo graus de jurisdição.

O juiz “boca da jurisprudência” (no sentido, é claro, de vinculação à algum precedente, obrigatoriedade de assim decidir) estará preso a entendimentos que nem mesmo foram debatidos pelas partes que ali esperam uma resposta. Parece um círculo perigosamente vicioso, de conquistas e fracassos interpretativos.

A interpretação do julgador no sistema de *civil law* é uma conquista importante, resultado de manifestos e evolução de teses que até hoje são exploradas, não pode haver o aprisionamento do interprete naquilo que de si não surgiu.

A obrigatoriedade de julgar da forma que o Supremo quer, ou que tal tribunal superior quer, é retornar ao estado do juiz inanimado, desestimulado a desenvolver a crítica e a dialética, de fomentar o contraditório e a ampla defesa. Esquece-se que na Constituição Federal não existe apenas um princípio que norteia o processo civil, não existe apenas a razoável duração do processo a ser respeitado por um legítimo Código de Processo Civil.

3.2 O PRECEDENTE COMO FONTE PREDOMINANTE

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por uma complexidade de fontes do direito, podendo-se concluir que se trata de um sistema complexo de fontes.

Para Norberto Bobbio, “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (BOBBIO. 1995, p. 161).

Sabe-se que a lei é uma fonte formal própria do direito, é considerada imediata ou pura. Em sua normalidade é aquela expressão escrita, legislada, dotada da vontade do povo, de observância obrigatória e abstrata.

A jurisprudência, assim como a doutrina e os costumes, integra as chamadas fontes formais impróprias, aplicadas de forma subsidiária, excepcional.

A súmula de caráter vinculante se encaixa como fonte formal própria, produtora de normas jurídica, dotada de abstratividade e de observância obrigatória. Porém, não há

classificação quanto ao precedente judicial no campo de tais fontes, devendo ser aplicada subsidiariamente, quando já se tenha incansavelmente buscado a solução na interpretação das normas provenientes das fontes formais próprias.

O que a aplicação cega da teoria dos precedentes judiciais irá causar é a inserção de precedentes judiciais no campo das fontes formais próprias, ganhando, impropriamente, caráter abstrato, genérico, de aplicação imediata. Sua observância deixará de ser de segundo plano, ganhando estrutura de lei, ou até acima desta.

Na definição de BOBBIO (1995, p. 163), o sistema jurídico brasileiro pode ser considerado hierarquizado, “no qual há várias fontes não colocadas no mesmo valor, mas sim um valor diferente, maior ou menor, visto que são hierarquicamente subordinadas uma à outra”. Porém, a aplicação da observância obrigatória de precedentes irá fazer uma espécie de mescla, derivando uma problemática quanto a aplicação de normas diante da dúvida ou contrariedade.

Os juízes não só poderão aplicar o precedente judicial sem antes debater criticamente as possibilidades das fontes originariamente formais próprias, como serão obrigados a assim fazer, vez que devem obediência ao precedente. A teoria do precedente judicial impõe a aplicação da norma extraída do precedente (*ratio decidendi*), sendo apenas observado o requisito mínimo: fatos idênticos, “circunstâncias nem tanto”.

Além da usurpação da liberdade do julgador em determinar a correta aplicação do direito codificado ao caso concreto, verificam-se outros pontos incisivos, que estão diretamente ligados à atividade processual dentro do Judiciário.

É correto se afirmar que no sistema jurídico brasileiro há acórdãos não unânimes, assim como há circunstâncias que passam despercebidas num julgado. A teoria do precedente do *common law* não ignora a existência do voto contrário, nem mesmo dos fatos que não foram analisados.

Todo fato/circunstância elencado na inicial ou na defesa pelas partes pode vir a ser levado em conta ou não. No caso da violência doméstica, por exemplo, o magistrado pode não considerar a circunstância da resolução do conflito, que remete a verdadeira intenção da vítima. Revelando-se assim que a vítima somente queria o acusado fora do lote que residia, o que gera, com efeito, a dúvida da existência do crime de ameaça. Porém, a palavra da vítima teve conotação condenatória diante da palavra do acusado no crime de ameaça.

Ao analisar os casos que ensejaram a jurisprudência dominante acerca da relevância da palavra da vítima nos casos de violência doméstica, verifica-se que esta prova vem

carreada por outras provas, como testemunhas ou mesmo laudo pericial. O sistema de precedentes transforma em regra a razão de decidir dessa forma (a palavra da vítima deve ter maior relevância), levando aos julgados posteriores a falsa impressão de completude e de esgotamento fático, como se a regra naquele caso fosse a regra dos casos posteriores.

A jurisprudência já vem sendo tratada como precedente judicial de aplicação obrigatória, sendo esse o resultado da implementação da teoria dos precedentes judiciais. A utilização de tal força dos julgados reforçará a problemática do que vincula ou não dentro daquele julgado que deverá ser seguido.

A razão de decidir naquele julgado parâmetro poderá não ser a mesma no caso concreto que se discute a sua aplicação. O julgador ou colegiado que decidiu daquela maneira se restringiu aos fatos que ali estavam postos, ignorando algumas circunstâncias por entenderem que não influenciariam ou não deveriam ali ser tratadas. Posteriormente, um julgador ou colegiado poderá, ao visualizar fatos idênticos, considerar aquelas circunstâncias como de análise necessária.

No caso da violência doméstica, num julgado posterior, o juiz poderá considerar importante a intenção subjetiva da vítima em apenas ver o acusado longe dela, julgando haver dúvida para uma condenação diante de tal circunstância.

Assim, compreende-se como o precedente é complexo para ser aplicado de qualquer maneira no sistema jurídico atual, lembrando-se que tal teoria ainda não é aplicada, mas é a tendência para a busca da efetivação do princípio da razoável duração do processo e da segurança jurídica, segundo seus adeptos.

A razão de decidir de um julgado do STJ pode não ser a mesma visualizada pelo juiz singular diante de outro caso concreto, mesmo sendo a situação fática idêntica. Os ministros do STJ podem ter ignorado circunstância, considerando-a impertinente para a resolução do litígio. Porém, mesmo diante de tal constatação, o juiz se veria impelido a julgar conforme o entendimento do tribunal superior, sob pena de ver a sua decisão reformada, e de ter frustrada a sua promoção com base no artigo 5º, alínea “e”, da resolução nº 106, do CNJ (BRASIL.2010).

Portanto, o questionamento que deve ser levantado é o que é realmente necessário em um julgado anterior que deixe de ser somente jurisprudência e se torne precedente judicial de observância obrigatória. Principalmente se é necessário realmente a aplicação da teoria aqui combatida quando a arbitrariedade das cúpulas do judiciário brasileiro dirão

como os juízes devem aplicar o direito, mas estes não podem criá-lo, apenas aqueles o podem, criam e manipulam o primeiro grau de jurisdição.

Outra indagação que se faz é que, na teoria do precedente judicial, os votos vencidos de uma decisão também fazem parte da fundamentação (*obiter dictum*), e também sinalizam a futura superação desse precedente. Neste caso, qual a segurança jurídica em se seguir um precedente que já tem em seu corpo os motivos de não segui-lo?

O jurisdicionado irá indagar se aplicar aquele entendimento poderá lhe causar transtornos se durante o seu processo houver essa superação de precedente. Ai surge outra indagação, qual seja a de qual entendimento deve prevalecer quando um precedente é superado, diante dos casos ainda em trâmite?

Daí surgiria a necessidade de aplicação das regras aplicadas à lei escrita, no que tange a lei no tempo, espaço e retroatividade. Ainda, uma decisão composta de votos divergentes e de circunstâncias ignoradas pode gerar não apenas uma *ratio decidendi*. Os defensores do uso da força obrigatória dos precedentes alegam que o juiz deve aplicar a parte do precedente que vincula a decisão.

Entretanto, as partes no processo podem comprovar a existência de várias razões de decidir, ou de uma razão que não aquela invocada pelo magistrado e imposta pelo tribunal. Com isso, poderia ser levantado o argumento de que ou a *ratio* invocada não é vinculante ou que há mais de uma *ratio*, devendo todas elas ser conjuntamente analisadas.

Uma decisão não pode ser considerada fundamentada por ter razões suficientes para isso, mas, quando considerada todas as razões possíveis, a decisão se baseia na melhor resolução das razões apresentadas. A utilização de um precedente quando este torna a decisão inapropriada e longe daquela que seria ideal furtará da ideia dos defensores de tal pensamento, vez que as partes se veriam frustradas e desestimuladas com o processo.

Na seara da dificuldade em se delimitar as razões (regras) possíveis dentro de uma decisão remete-se ao próprio STF, cujos votos são considerados em sua individualidade, ainda simplesmente prevalecendo a maioria. Quem tem a maioria vence, porém, quem tem o melhor argumento-tese terá apenas seu voto publicado para fins educativos. Assim já alertou Lenio Streck:

[...] interpretação não se faz por maioria e nem com torcida organizada; tampouco etendendo eventual maioria de um lado ou de outro. E nem fixando de antemão todas as possíveis e imagináveis hipóteses de aplicação, como se pretende com a introdução das Súmulas Vinculante e a “doutrina do precedente”, em uma espécie de commonlização do sistema jurídico brasileiro (STECK. 2014, p. 09).

A própria Corte Suprema se utiliza de um sistema de decisões que representa um grupo de opiniões (voto) isoladas e não uma só opinião do tribunal. Os votos são considerados separados, restando no final um texto complexo, um misto de opiniões, e não apenas uma opinião, a do tribunal.

4 A PRODUÇÃO DO DIREITO PELO JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA TEORIA UNIFORME DA DECISÃO JUDICIAL

O mestre Mauro Cappelletti (1999, p. 27) explana a respeito da afirmativa de que o judiciário cria sim o direito, assim como o legislativo, sendo a diferença encontrada no aspecto quantitativo. Afirma o professor que o direito jurisprudencial tem mais legitimidade e coerência para com as necessidades social que a própria legislação, pois é produzido por provocação, diante da ampla defesa das partes e imparcialidade daquele que a produz:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. (CAPPELLETTI, 1992, p. 100).

Inferre-se, por tanto, que não é a necessidade de vinculação a uma interpretação superior, e sim a necessidade de evolução no aspecto decisório. A decisão proferida em determinado caso deve respeitar as circunstâncias reais, lembrando o julgador que exerce atividade tão importante quanto à do legislador, pois também produz o direito. Abre-se, então, a oportunidade de ser discricionário, porém não de ser arbitrário, havendo a manifesta regulação por meio de uma teoria prática da decisão judicial.

A aplicação de uma teoria da decisão evitaria o que o mestre chama de burocratização do julgador, aproximando-se nefastamente daquele legislador que está longe de representar a população, representando no máximo a si mesmo e a seus familiares: “Certamente, também os juízes podem se transformar em burocratas distantes, isolados do seu tempo e da sociedade [...]” (CAPPELLETTI, 1992, p. 100).

A teoria de que o sistema atual vem anexando o ideal do *stare decisis* é um argumento falseável quando estudamos o aspecto evolutivo da teoria da interpretação jurídica. A necessidade de se aplicar a legislação positivada fez com que o magistrado se

utilizasse cada vez mais de sua capacidade crítica e dialética, aplicando o direito codificado da forma ideal ao caso concreto.

Ao criar esse direito, retirando a norma da lei positivada, utiliza-se de uma capacidade atinente à própria função, podendo-se afirmar que se utiliza da discricionariedade para decidir, o que não justifica se utilizar da arbitrariedade.

Os defensores da aplicabilidade do precedente judicial obrigatório batem constantemente nessa tecla, de forma que justificam as suas posições na produção descontrolado e arbitrária nos tribunais. Esquecem que a interpretação, a capacidade crítica e dialética não pode ser uniformizada. A uniformização deve ser quanto à norma abstraída para aquele caso concreto, que deve ser rigidamente idêntico e compatível, sendo autorizado ao julgador da causa encontrar norma jurídica que seja mais ideal que aquela já produzida.

Controlar a forma de decidir e não o que decidir é mais adequado que importar um sistema que nunca foi aplicado aqui, que é algo distante, tanto historicamente quanto sistematicamente, da realidade.

Veja-se da necessidade de uma teoria da decisão no caso do recurso de embargos de declaração. O Brasil é o único que se utiliza de tal façanha, para resgatar aquelas decisões repletas de obscuridades, omissões e ambiguidades. Se o juiz não está dando respostas claras às partes não é a obrigação de julgar conforme o que já foi dito que resgatará a segurança das decisões. A discricionariedade dos julgadores não é resultado do desrespeito a verbetes sumulares ou a precedente de tribunais superiores, mas da falta de organicidade e de comprometimento a uma forma de julgar.

Não é retirando o senso crítico dos juízes e padronizando as decisões que se alcançara a segurança jurídica ou a razoável duração do processo, mas pela delimitação de como esses juízes devem julgar e aplicar o direito, de forma processualizada e não materializada como forma de normas pré-estabelecidas. Afinal, a norma é depreendida do caso concreto através da discricionariedade interpretativa do julgador.

Claro, como alertou Mauricio Ramires em sua obra (RAMIRES, 2010, p. 73/74), não quer dizer que deixar de aplicar um precedente obrigatório e aplicar a norma jurídica do zero, como se houvesse verdade no brocardo “cada caso é um caso”. O precedente, na sua forma geral, influencia a interpretação posterior, sendo os casos futuros tomados como continuação do passado, sempre se utilizando destes para se chegar à decisão ideal ao caso concreto.

Quanto à qualidade da decisão, tratou ainda Maximiliano em dizer que a produção do direito pelas cortes superiores não deve gerar respeito apenas pelo fato de serem superiores, o que reforma ainda mais a ideia de revolta contra o formalismo-arbitrário:

[...] Entretanto o prestígio cresce com a altura do tribunal, e é lógico, porque os arestos de pretório mais elevado alcançam mais larga periferia e inutilizam os dos juízes inferiores. O Supremo Tribunal Federal ocupa o primeiro lugar, como autoridade em jurisprudência; vêm depois os tribunais de segunda instância; por último, os de primeira (2). Não se olvide, entretanto, que o julgado, para constituir precedente, vale sobretudo pela motivação respectiva; o argumento científico tem mais peso do que o de autoridade (3) (MAXIMILIANO. 2006, p.153).

Mesmo quando se fala em jurisprudência, sem caráter obrigatório, o autor já demonstrava que este só deveria ser motivadamente seguido quando não estivesse vinculado à força autoritária versada pela superioridade do tribunal. O que se vê no sistema jurídico atual é o argumento de que juízes vêm constantemente desconsiderando a autoridade das decisões superiores. Como explanado anteriormente, temos no STF um tribunal composto por membros eleitos politicamente, ainda, como também debatido, a CRFB de 1988 quis afastar de tais autoridades o controle arbitrário de seus dispositivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em meio às várias teses para a resolução da quantidade de demandas no judiciário e a diversidade de decisões diferentes geradas pela discricionariedade dos julgadores surgiu a aplicação da teoria do precedente judicial. Como se observa no Novo Código de Processo Civil, tal teoria ainda não era utilizada no sistema jurídico brasileiro, pois não equivale a nenhum instituto que aqui já se aplicava, tais como a súmula vinculante e a jurisprudência (inclusive do julgamento dos recursos repetitivos). A aplicabilidade agora é de ordem explícita, a partir da entrada em vigor do NCPC.

Esta teoria não pode resolver as questões que envolvem a efetivação dos princípios constitucionais no processo civil brasileiro, ocasionando, pelo contrário, em novas mazelas. A criação de súmulas, vinculantes ou não, e o aperfeiçoamento da jurisprudência não resolveram o que somente a hermenêutica jurídica pode resolver. A teoria dos precedentes judiciais, portanto, é inaplicável, por não encontrar espaço no sistema jurídico interno, por outro lado é efetivo, pois a finalidade da sua inserção é a obtenção de dados estatísticos, com demonstrativos de redução de recursos e demandas, assim como a quantidade de decisões iguais e de acordo com os órgãos superiores.

A utilização de precedentes não é uma teoria ruim, muito menos ineficiente. Há, no precedente, uma lição a ser seguida pelo julgador posterior, que ao observar o texto da decisão terá um norte, uma continuação lógica do passado, sem se distanciar da decisão ideal ao caso concreto. Os casos passados não devem ser abandonados, como se as novas decisões partissem do zero. Todo precedente tem uma função de influir nas decisões futuras.

Uma decisão que resolveu um conjunto fático não foi projetada para outros que ainda não foram julgados, o juiz que disse o direito àquela questão não planejava a resolução de outros casos. Não decide imaginando a resolução de casos idênticos dali para frente, pois sabe que fatos e circunstâncias não se repetem, podem até serem aparentemente iguais, mas nunca se repetem. Não se deve alienar a dogmática jurídica brasileira com uma teoria que não é servível. A base dessa teoria é a liberdade do julgador frente à lei escrita, frente às regras constitucionais que permitem a interpretação aberta para todos, e não apenas para as cúpulas.

As diversas tentativas de uniformização dos julgados não resolveram o problema do judiciário, muito menos resolveram o problema pano de fundo, que é a barreira e o desestímulo dos jurisdicionados em acionarem o judiciário e interporem recursos, com a amostragem de dados estatísticos infalíveis, o que não existe.

O legislador vem maquiando, em conjunto com a cúpula do judiciário, a sua real intenção, que não é a de efetivar princípios constitucionais, tão somente, mas também de esvaziar os tribunais e impor os seus entendimentos, soberanos e intocáveis.

A sistemática da teoria dos precedentes judiciais irá percorrer o surreal congelamento dos entendimentos, das interpretações, limitando e entregando nas mãos dos tribunais superiores a discricionariedade conquistada pelos juízes e tribunais inferiores. A máscara do legislativo em conjunto com a cúpula do judiciário deve ser retirada, assim como o discurso falseável de efetivação dos princípios constitucionais, diante da real intenção de congelamento interpretativo e de poder soberano, absoluto, de certeza.

O que resolveu o problema do positivismo jurídico foi a evolução da efetividade da hermenêutica, que permitiu ao julgador, hoje em dia, dizer o direito, e não apenas o legislativo. No entanto, o que poderá resolver os problemas da falta de uniformidade nas decisões é uma efetiva e aplicável teoria da decisão judicial, para aí sim discutir a efetividade da aplicação de uma teoria dos precedentes judiciais. Importar não é o segredo quando os problemas internos maculam até mesmo a mais nobre atividade, qual seja a de aplicar corretamente o direito aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito** Compiladas por Nello Morra. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. (Constituição, 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046, 22 de dezembro de 2010**. Reforma do Código de Processo Civil. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Março de 2014. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 06 de maio de 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010**. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Diário de Justiça, Brasília, 07 de abr. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12224-resolucao-no-106-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. 2010. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 de fev. de 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 de ago. 2006.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os artigos 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 1993.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Presidência da República. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Brasília, em 13 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Data de acesso: 28/04/2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. PUC/Minas, Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2005. Disponível em: <HTTP://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em 29 de abril de 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.