

QUANTIDADE *VERSUS* QUALIDADE: PERSPECTIVAS DE UMA JURISDIÇÃO ATRELADA A PRECEDENTES VINCULANTES

RODRIGO MEDEIROS DA SILVA¹
WANDERSON GOMES DE OLIVEIRA²

RESUMO

A adoção de uma teoria dos precedentes no âmbito do processo jurisdicional configura-se um dos maiores desafios para os operadores do direito novo milênio. A litigiosidade cada vez maior e mais complexa impõe transformações. A maneira equivocada de utilização dos precedentes com a finalidade de dar celeridade ao procedimento e conseqüentemente aumentar a produtividade é um problema a ser abordado. Certamente uma reforma processual baseada na melhor condução dos processos em primeira instância, com melhor qualidade na instrução, contribuirá para melhoria do sistema processual.

Palavras chave: Processo. Precedente. Reforma Processual.

ABSTRACT

¹ Possui graduação em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (1997) e graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2011). cursou a Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais em 2005. Atualmente é Major, servindo na Escola de Sargentos das Armas. É Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Tem experiência na área de Defesa, com ênfase em Artilharia de Campanha, Administração Militar e Direito Militar.

² Possui Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2000), Especialização - Lato Sensu em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva, em convênio com a Associação dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES (2005), Especialização - Lato Sensu em Direito Processual: grandes transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2009), Mestrado em Direito com área de concentração em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano - UNISAL (2008). Atualmente exerce a Advocacia e é Professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, ministrando Direito Processual Penal, Professor na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema - FAEX, ministrando Direito Processual Penal e Direito Penal. Exerce, ainda, a função de Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema – FAEX.

The adoption of the theory of precedent in the judicial process sets up one of the biggest challenges for operators in the new millennium law. The litigation increasingly more complex and requires changes. The wrong way to use the precedents in order to expedite the procedure and to consequently increase productivity is a problem to be addressed. Certainly a procedural reform based on better conduct of proceedings at first instance, with better quality education, will contribute to improved procedural system.

Keywords: Process. Precedent. Procedure Reform.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, a humanidade, não só o Brasil, tem assistido a uma série de acontecimentos relevantes na medida em que a realidade torna-se extremamente mutável. O século XX certamente marcou a história da humanidade, uma vez que a transição de uma realidade totalitária para uma democrática – notadamente após a 2ª Guerra Mundial – fez com que o homem, como sujeito de direito, fosse recriado. A caminhada da humanidade para o novo milênio fez surgir novos problemas e desafios. Vivemos numa sociedade de consumo, onde se asseveram os conflitos relacionados a direitos coletivos. As comunicações cada vez mais estreitas e as mudanças advindas da globalização são marcas presentes. As mudanças aceleradas, as crises que ganham envergadura global impõem desafios.

No campo jurídico, as relações se tornaram mais complexas, o que fez surgir um novo tipo de litígio. Para dirimir estes conflitos, o Direito deve se utilizar de novas ferramentas e práticas para solucionar os conflitos, mais numerosos, com a qualidade decisória que deve se almejar. Diante da complexidade e dos interesses que envolvem as diversas relações jurídicas, é desejável que se tenha segurança e confiabilidade no sistema judiciário. Para tanto, o Judiciário deve avistar este horizonte, implementar mudanças para garantir ao cidadão a prestação jurisdicional e a concretização do seu direito.

Num primeiro momento, será desenvolvida uma abordagem sobre os precedentes, sua força normativa advinda da vinculatividade e seu papel primordial

como elemento primordial a garantir integridade ao direito. Abarcar-se-á a importância de uma adequada leitura dos precedentes para um correto entendimento da *ratio decidendi*.

Aborda-se também a problemática encontrada no direito processual brasileiro no que toca à adoção de uma teoria dos precedentes. A falta de hábito no contato com o julgado, sua leitura superficial, baseada na ementa do acórdão e a tentativa de um fechamento argumentativo, na tentativa de criar um padrão decisório são temáticas que chamam a atenção e merecem um olhar crítico por parte dos operadores do direito.

Já num segundo ponto, explana-se acerca do *stare decisis* e das técnicas de *judicial departures*, notadamente o *overruling* e o *distinguish*. Critica-se a rigidez estabelecida pelo *stare decisis*, que prevaleceu na Inglaterra, e que foi sendo superada, e como esta rigidez é muito semelhante ao que é adotado no Brasil, através das súmulas vinculantes e de outros entendimentos, figurando o magistrado como um mero reproduzidor de julgados. Quanto ao *overruling* destaca-se a sua importância como meio de superação de um determinado precedente, fruto de uma nova interpretação do caso em análise que deve ser semelhante ao precedente. Já o *distinguish* figura não como um abandono do precedente, mas como uma forma diferenciada de decisão do julgado.

Num terceiro tópico, busca-se em meio a toda a problemática presente na rotina dos operadores do direito, meios para minimizar os problemas que afligem o direito processual e a Justiça no Brasil. São citadas várias iniciativas, da conciliação às reformas legislativas e se propõe uma nova forma de se engendrar o processo, sem a adoção de medidas de caráter heterodoxo.

Enfim, essa exposição se limita a fazer uma abordagem muito singela do exercício da jurisdição se utilizando dos precedentes como mais uma ferramenta a ser utilizada pelo direito processual em meio ao colossal volume de feitos a encher as dependências forenses. A discussão não termina aqui e certamente se seguirão inúmeros debates sobre tão relevante temática.

2 O PRECEDENTE

A força dos precedentes alcança mais adeptos nos Tribunais devido ao imenso volume de demandas que chegam ao Poder Judiciário, bem como com a finalidade de se obter uma estabilidade decisória, de maneira particular nas instâncias superiores. A diversidade de casos (comumente mais complexos) exige segurança e confiabilidade para que se tenha um nível de estabilidade mínimo nas relações jurídicas.

De maneira muito breve, é relevante apresentar o pano de fundo onde se projetam os horizontes negociais, de distâncias largas e que desafiam o Direito, inclusive o Direito Processual na solução dos conflitos. Há pouco mais de 20 anos, a humanidade estava nitidamente dividida em dois blocos fechados, do ponto de vista econômico, político e militar (Organização do Tratado do Atlântico Norte e Pacto de Varsóvia). A Perestroika e a Glasnost de Mikhail Gorbachev acabaram abrindo os países do leste europeu e as repúblicas integrantes da União Soviética aos ares trazidos pelo ocidente. O muro de Berlim caiu e o caráter simbólico desse ato inaugura a interferência do ocidente na zona de influência do leste europeu. Vislumbra-se naquele momento uma hegemonia dos Estados Unidos frente à queda da União Soviética.

O cenário mundial, que fora inaugurado após a 2ª Guerra Mundial, já era outro. Não mais havia uma bipolaridade ideológica e nem uma hegemonia. Mas a uma grande difusão de influência que é fruto daquilo que chamamos de Globalização. O desenvolvimento em todos os níveis deixou os pólos soviético-americano para estabelecer uma trama de relações complexas e cada vez mais alvo de interesses internacionais. Para que se possa discorrer sobre a Teoria dos Precedentes, é imperioso apresentar o mundo, as relações e prováveis conflitos que são e serão alvo de análise da jurisdição neste milênio que se inicia. É salutar destacar o que ensina o polonês Zygmund Bauman:

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um

processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” – e isso significa basicamente o mesmo todos.

[...]

Este livro é uma tentativa de mostrar que no fenômeno da globalização há mais coisas do que pode o olho apreender; revelando as raízes e consequências sociais do processo globalizador, ele tentará dissipar um pouco da névoa que cerca esse termo que pretende trazer clareza à condição humana atual.³

Em meio a esse ambiente de grande complexidade, Bauman também se refere ao momento vivido como sendo *A Modernidade Líquida*. A liquidez se dá em razão da mutabilidade e da incerteza da realidade. Também o polonês Bauman retrata, em outra obra, esta insegurança nas relações, ou seja, como ele mesmo descreve “os laços humanos no mundo fluido”.

Na falta de segurança de longo prazo, a “satisfação instantânea” parece uma estratégia razoável. O ato que quer que a vida ofereça, que faça *hit et nunc* – no ato. Quem sabe o que amanhã vai trazer? O adiamento da satisfação perdeu o fascínio. É, afinal, altamente incerto que o trabalho e o esforço investidos hoje venham a contar como recursos quando chegar a hora da recompensa. Está longe de ser certo, além disso, que os prêmios que hoje parecem atraentes serão tão desejáveis quando finalmente forem conquistados.⁴

Cria-se neste ambiente de globalização e de modernidade líquida uma série de incertezas. Ao Direito incumbe a tarefa, seja por meio das normas ou por meio do processo judicial procurar implementar uma relativa estabilidade nas relações jurídicas neste ambiente altamente complexo e também conflituoso. O direito não deve ser a solução para todos os conflitos, mas deve ser instrumento para a promoção de um ambiente harmonioso sob o aspecto conjuntural.

Com o intento de se pensar numa teoria dos precedentes, é importante que os operadores do direito não deixem de olhar para o passado. Pois, sem dúvidas, é nele que a construção dos precedentes tem seu maior alicerce. Certamente, o que se privilegia é um processo interpretativo, que é mutável ao longo do tempo ganhando integridade, como preleciona Ronald Dworkin. Eis o que dispõe o jurista americano acerca da integridade no direito:

³ BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 7.

⁴ _____. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 185-186.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.⁵

Percebe-se que Dworkin mostra o direito como um ente sempre em construção, pois a integridade é fruto de um processo interpretativo que considera elementos do passado e projeta para o futuro. Após a chamada *virada linguística*, de Wittgenstein e da *hermenêutica filosófica*, de Gadamer, essa concepção de Dworkin ganha relevo para uma concepção de direito afastada de um processo legislativo, sabendo que se vive uma crise de representatividade nos parlamentos de uma forma geral. Constrói-se o direito ao longo do tempo. Daí surge outro conceito de Dworkin: o *romance em cadeia*.

O romance em cadeia concebido por Dworkin retrata um verdadeiro encadeamento dos precedentes no decorrer do tempo e exprime uma maneira de interpretação do caso concreto a ser solucionado, relacionando o conteúdo que se dispõe de acontecimentos pretéritos e as características que cercam aquela realidade. É um construir ao longo da história. O próprio Dworkin se utiliza de uma comparação para explicar o *romance em cadeia*:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.⁶

⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

Verifica-se, portanto, que a adoção de uma teoria dos precedentes no âmbito das decisões jurisdicionais necessita de uma série de alterações no modo de se interpretar o julgado e que vai amadurecendo com o tempo através de uma sequência de episódios semelhantes. Inquestionável que os precedentes são ricas fontes a subsidiar as decisões, mas que merecem um particular cuidado na sua adoção.

Para que o precedente não seja empregado de maneira equivocada, é imprescindível que o intérprete consiga abstrair do aresto o que seja a *ratio decidendi*. Necessita compreender o que realmente deve ser considerado cerne ou âmago da decisão. A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* é de suma importância para uma adequada utilização do precedente como fonte. No cotidiano brasileiro, nota-se a utilização do precedente de forma errônea, ao se tomar por base somente a ementa do julgado, sem qualquer preocupação em se identificar a *ratio decidendi*. É bem verdade que a identificação da *ratio decidendi* não é tarefa fácil para o intérprete, mas reveste de singular importância para o emprego adequado de uma teoria dos precedentes. Teresa Arruda Alvim Wambier de maneira sintética conceitua *ratio decidendi*:

A parte da decisão que realmente vincula é a *ratio decidendi*.

[...]

Claro que a expressão *ratio decidendi* também pode ser entendida em sua dimensão *descritiva*: “descritivamente, a expressão significa simplesmente uma explicação do raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos (...)”. Mas o que nos interessa aqui é o sentido *prescritivo* da expressão *ratio decidendi* e é deste tema, entre outros, que se ocupará este capítulo.

Trata-se da *proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão.

[...]

A *ratio decidendi* equivale à *rule*.⁷

Do conceito acima transcrito pode-se concluir que a *ratio decidendi* é a parte do aresto que apresenta, por si só, uma força imperativa e que a partir de então confere uma relativa segurança nas relações jurídicas que se assemelhe àquele caso. Relativa segurança dada a constante mutabilidade da conjuntura que as sociedades vivem nestes tempos de globalização. Por essa razão, o emprego dos

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e a evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 43-44.

precedentes não caracteriza um fechamento argumentativo, o que propiciaria aos juízes e órgãos colegiados uma mera repetição de sentenças e acórdãos, porém impõe ao magistrado um desafiador exercício interpretativo, tendo em vista a singularidade de cada demanda. A definição da *ratio decidendi* constitui o ponto mais importante do trabalho de interpretação do precedente, pois constitui o elemento vinculante da decisão. Thomas da Rosa Bustamante expõe acerca da importância da *ratio decidendi*:

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*.⁸

O ocidente, de uma modo geral, respira os ares de um ambiente democrático, onde, de certa forma há garantia das liberdades e dos direitos fundamentais, notadamente sob o aspecto formal. Para tanto, é salutar que o Poder Judiciário seja detentor de uma credibilidade inquebrantável e que suas decisões sejam revestidas de aceitabilidade. O Poder Judiciário dentro de um panorama democrático tem o relevante papel de exercer uma função contra majoritária e de garantir direitos fundamentais. Nesse sentido, os precedentes são instrumentos de reafirmação de entendimentos a revelar uma construção normativa que leve em consideração as diferentes controvérsias existentes no mundo social.

4 STARE DECISIS, OVERRULING E DISTINGUISH

Importa indagar que a força normativa dos precedentes sobressai em um ambiente de crise política. O Poder Legislativo apresenta uma produtividade baixa no aspecto qualitativo. O Poder Executivo, dentro da sua função gerencial, não promove as políticas públicas necessárias para concretização de direitos fundamentais. Ao Poder Judiciário cabe, assim, como *ultima ratio*, a tarefa de cobrir

⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

as lacunas deixadas pelos outros poderes, consubstanciando o fenômeno da judicialização da política e uma postura ativista. A propósito, discorre do professor Dierle Nunes:

O Poder Judiciário passaria a exercer **um poder de veto** aos interesses dominantes do Executivo e do Legislativo, mediante a manifestação dos interesses de grupos minoritários e o controle constitucional (*judial review*) dos provimentos (leis e atos administrativos) dos outros “poderes” – funções estatais.

O Judiciário passa a participar das decisões políticas tomadas, de modo criterioso ou arbitrário, por outras instituições, criando ou substituindo-as. Mas, para tanto, existe a necessidade de se assegurar um espaço para tal implementação e, obviamente, a vontade dos atores sociais de promovê-la.⁹

Particularmente nos tribunais superiores, é fácil constatar uma postura tendente a consolidar a jurisprudência, principalmente o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade de normas e na edição de súmulas vinculantes. Contudo, esta postura desvirtua o real sentido daquilo que seria o *stare decisis*, haja vista que o real objetivo dessa prática no Judiciário brasileiro é dar celeridade ao enorme volume de feitos através de uma vinculatividade que desestimula a interpretação dos julgados. Teresa Arruda Alvim Wambier expõe que esta prática vinculante já fora utilizada no passado na Inglaterra. Eis o que dispõe a processualista:

Esta subjetividade inerente ao agir humano é o que o rígido sistema do *stare decisis* na Inglaterra pretende evitar.

A doutrina inglesa, como se verá, alista e analisa decisões em que, muitas vezes, se declara expressamente que o precedente está sendo seguido, ainda que aquele juiz, que está proferindo a *opinion* (= voto) entenda que a regra nele contida deveria ser alterada.¹⁰

O que se pratica no Brasil é o velho *stare decisis* inglês, que inibia a inovação por parte do intérprete. O magistrado fica impedido de inovar do momento de decidir em função de um entendimento já pacificado. Visto sob este prisma, o processo deixa de ser uma garantia fundamental, em razão do tolhimento da bilateralidade dialética das partes para que estas exerçam um poder de influência na decisão.

⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 179.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e a evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 41.

Como já abordado, a realidade vivenciada é de extrema mutabilidade, caracterizada por relações que envolvem grandes interesses. Vive-se num ambiente em que a litigiosidade individual está sendo superada por uma litigiosidade coletiva, onde os bens jurídicos que se busca proteger são os coletivos e individuais homogêneos. A realidade da globalização induz segurança e confiança. Todavia, estes atributos não podem prescindir à aplicação do Direito em seu sentido pleno, advindo da aplicação de princípios, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, enfim, das garantias fundamentais. É esta segurança que se almeja, não a das súmulas e ementas. O excessivo número de processos gera esta necessidade de fechamento interpretativo. Mas, isto é absolutamente inconcebível, dado que o que se produz numa decisão é texto; e todo texto está sujeito a uma nova interpretação.

No sentido de ilustrar a exposição, pode-se vislumbrar a adoção de um *stare decisis* rígido no âmbito do processo penal. Seria problemático para não dizer catastrófico. Recentemente o Supremo Tribunal Federal procedeu o julgamento da Ação Penal 470, também conhecida como processo do Mensalão, ação em figuravam como réus 40 acusados. Para fundamentar uma das condenações, o relator se utilizou da *Teoria do domínio do fato*, idealizada pelo penalista alemão Claus Roxin, que faz uma abordagem acerca do concurso de agentes. Na referida ação penal, a teoria de Roxin foi mencionada para condenar um dos réus em razão da possibilidade de evitar o resultado, deixando de lado a análise probatória, imprescindível para uma condenação penal. Sobre este julgado disserta Dimitri Dimoulis:

A Ação Penal 470 decidiu também controvérsias jurídicas sobre os crimes de lavagem de dinheiro, de gestão fraudulenta e de quadrilha. Prevaleceram posições rigorosas, conhecidas como eficientistas, que facilitam as condenações. Isso preocupa os adeptos de um Direito Penal garantista, atento às conquistas civilizatórias do Direito moderno. Ainda mais problemáticas foram as referências dos ministros à teoria alemã do domínio do fato. Essa teoria considera autores de crimes as pessoas que dirigem organizações criminosas e atuam com divisão de tarefas, ocultando seus atos. Infelizmente, o STF ignorou a complexidade da discussão sobre essa teoria na Alemanha e as fortes controvérsias entre os penalistas.

Os ministros apresentaram a teoria do domínio do fato como algo óbvio e simples. Além disso, a aceitação dessa teoria não justifica condenações automáticas. Devem existir também provas convincentes, demonstrando a forma de atuação de cada réu no complexo esquema criminoso. São muitos

os juristas que não enxergaram tais provas nas fundamentações apresentadas pelos ministros.¹¹

Inúmeras vezes a crítica a esta postura do tribunal pode gerar repúdio da opinião pública, diante da repercussão midiática do caso. Mas este posicionamento vem da Suprema Corte do país e poderá servir para futuras condenações sem prova, fundada na hipotética possibilidade de um acusado evitar o resultado.

Também merece apreço nesta abordagem o fato da superação de uma decisão antiga, o chamado *overruling*, um caso de *judicial departures*. Isto é absolutamente natural neste ambiente de grande mutabilidade conjuntural. Entretanto, há alguns aspectos atinentes ao *overruling* que merecem ser destacados. O *overruling* é o afastamento de uma regra jurisprudencial (*rule*) por ocasião do julgamento de um caso. As questões jurídicas suscitadas tanto no caso em questão quanto no precedente devem ser as mesmas, mas o juiz inova na sua decisão. Thomas da Rosa Bustamante traz ensinamentos relevantes e que merecem destaque:

Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial, mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra jurídica que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente. Como explicam Summers e Eng, nas *judicial departures* “a decisão precedente deve ser apropriadamente semelhante ao caso subsequente. Em última instância, o precedente e o caso a ser decidido devem trazer à tona as mesmas questões jurídicas, e o caso precedente deve já ter resolvido a questão.[...]”¹²

Este procedimento, visto como forma de manter a integridade do direito (como expõe Dworkin) e fruto de uma construção histórica, mostra-se extremamente positivo. Contudo, o *overruling* não pode ser a expressão da opinião pessoal do magistrado que transforma o entendimento de modo repentino, espantoso e surpreendente, de modo a privilegiar uma discricionariedade que não tem espaço num Estado Democrático de Direito. No Brasil há aquilo que se convencionou chamar de *panprincipiologismo*, que nada mais é do que a invenção de princípios,

¹¹ DIMOULIS, Dimitri. Ação Penal 470 está cheia de mensagens para o Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/dimitri-dimoulis-acao-penal-470-cheia-mensagens-direito>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387.

na tentativa de se positivar valores. Lênio Streck talvez seja o jurista que mais aborda esta problemática. Do seu ensinamento pode-se extrair:

Ocorre que, com o advento da “era dos princípios constitucionais” – consequência não apenas do surgimento de novos textos constitucionais, mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito -, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los *um sucedâneo dos princípios gerais do direito* ou o “suporte dos valores da sociedade” (o que seria ninguém sabe). “Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.¹³

O *panprincipiologismo* é algo que faz parte do cotidiano forense e acaba sendo extremamente danoso, uma vez que um sistema que busca a segurança não deve se escorar em balizas que privilegiam valores do intérprete. O provimento jurisdicional não deve ser produto da mente do juiz, mas deve ser a materialização do direito por meio do debate das partes, com um vasto cabedal argumentativo acerca das provas e elementos fáticos trazidos ao processo, baseados em postulados constitucionalmente albergados.

Por fim, abordar-se-á outra *judicial departure*, o *distinguish*. Neste tipo de afastamento, o julgador não desconstitui a força normativa do precedente. O precedente ainda mantém a sua força, porém não há a aplicação para o caso em julgamento. Novamente Thomas Bustamante traz exposições teóricas que ensejam uma compreensão do *distinguish*:

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais freqüente será seu emprego. Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada -, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adstrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas

¹³ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

consequências para quaisquer fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.¹⁴

Portanto, o *distinguish* configura-se uma técnica de afastamento do precedente na qual a aplicação se fundamenta numa exceção (hipótese não aceita anteriormente) ou numa interpretação restritiva da *ratio decidendi*, que leva à conclusão de que o caso em análise não pode ser submetido à regra (*rule*) do precedente. Diante desta prosaica síntese, a técnica do *distinguish* exige do julgador uma análise aprofundada do caso, do precedente e também de toda a história que precede a construção daquele entendimento. No caos judicial que se instala no Judiciário brasileiro, onde o juiz se vê com mais de cinco mil processos distribuídos para sua vara, seria sonhador vislumbrar o uso do *distinguish*.

Os conceitos que foram elencados acima se configuram essenciais para se possa conceber e adotar uma verdadeira teoria dos precedentes. Certamente, a fiel observância destes conceitos gera um nível de estabilidade decisória. Porém, a utilização dos precedentes não pode ser considerado o mapa da mina para solução dos problemas do sistema. Convém destacar sempre que uma demanda, na maioria das vezes, se inicia na primeira instância, onde o processo se forma verdadeiramente, através da instrução e da análise de questões fundamentais do ponto de vista técnico. A mudança deve ser na base, na primeira instância.

5 POSSÍVEIS SOLUÇÕES VISANDO A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS VOLTADAS AO APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA PROCESSUAL

Tema recorrente na mídia, a sobrecarga de processos que chegam ao Judiciário é um desafio que deve envolver todos operadores do direito. Acompanha-se várias iniciativas para diminuir os efeitos do problema, mas que não atacam aquilo que é relevante: mutirão da conciliação, mutirão carcerário, metas, reformas legislativas, dentre outras. Não seriam estas iniciativas remédios a tratar os sintomas? O que trataria a causa deste mal?

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470.

Com a Emenda Constitucional 45 foi criado o Conselho Nacional de Justiça para o exercício de controle do Poder Judiciário. Desde então, este órgão vem adotando uma política de aceleração dos feitos, com estabelecimento de metas aos magistrados e iniciativas que estimulam a conciliação e produção de decisões em massa. Sob o slogan “Conciliar é legal”, o Conselho Nacional de Justiça procura solucionar demandas que são recorrente como aquelas que envolvem o Sistema Financeiro da Habitação, a concessão de benefícios pelo INSS ou causas envolvendo direito do consumidor, notadamente conta instituições bancárias. Desestimuladas com a demora do processo, que normalmente se arrasta por anos, o cidadão se vê compelido a celebrar um acordo. Seria este o seu desejo? Satisfaz realmente os objetivos daquele litigante? Há um nível de qualidade no processo? Percebe-se uma espécie de “fordismo” decisório, no qual os provimentos são produzidos em série, assim como os automóveis numa montadora.

Também são alvo de destaque as reformas processuais introduzidas no ordenamento como a necessidade de repercussão geral da questão constitucional discutida, a introdução dos artigos 543 A, B e C no Código de Processo Civil, versando sobre os recursos repetitivos, e a súmula impeditiva de recursos. Configura-se nítida tentativa de impedir que um processo chegue às instâncias superiores. Qual a razão? Certamente o volume cada vez maior de processos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Desta forma, as instâncias superiores passam a julgar não casos, mas teses jurídicas com o intuito de se estabelecer padrões decisórios a garantir segurança e confiança. Será verdadeira esta assertiva? Como são utilizadas as técnicas de *overruling* e *distinguish* diante desta realidade?

Insta destacar alguns pontos que caracterizam a litigiosidade no âmbito do direito processual brasileiro. Um primeiro aspecto a ser observado é de natureza cultural. O brasileiro tem prazer em ir ao Judiciário para demandar; seja com o vizinho por causa do som alto após as 22 horas, seja com um banco que cobra juros abusivos num contrato de financiamento. Muitas vezes o litigante não vai buscar um direito, mas usa a espada da deusa Themis com mero instrumento de vingança. Também é relevante destacar o preparo profissional dos operadores do direito, seja na Advocacia, no Ministério Público ou na Magistratura. O preparo intelectual é

muito aquém do que se espera e ainda se assiste a muitas aventuras processuais. Uma terceira questão importante é o sistema processual em si. Na atualidade, a litigiosidade é coletiva e o sistema é vocacionado para uma litigiosidade individual. Por fim, cabe destacar a carência técnica na condução dos processos em primeira instância, aonde tudo começa. Carência esta que não é só do magistrado, mas de todos os envolvidos. Uma instrução bem conduzida e rica de subsídios facilita a decisão. Produção de provas, discussão dos pontos controvertidos da demanda desarticulam as intenções do litigante de má-fé e privilegia aquele que realmente deve obter sucesso na demanda.

Importante frisar as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Estas balizas, com certeza, norteiam a condução do processo e contribuem para que as partes exerçam um poder de influência na decisão. A fixação da controvérsia para orientação da produção das provas e o debate para se chegar à decisão. É neste contexto que se dá aquilo que Jürgen Habermas chamaria de tensão entre *facticidade e validade*. Certamente Habermas contribui muito para este discurso de aperfeiçoamento do sistema, através do *agir comunicativo*. Habermas discorre acerca do *agir comunicativo*:

Na medida em que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos *como* os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento. É por isso que o conceito de direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.¹⁵

Este entendimento preconizado pelo alemão é o incentivo ao exercício da bilateralidade em contraditório no processo, bem como o poder de influir na formação do provimento. O provimento não pode ser uma construção do juiz. Deve ser um produto de toda argumentação apresentada.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*, 1. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 53.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta singela abordagem, conclui-se que o terceiro milênio invoca mudanças radicais para melhoria ou até mesmo reconstrução da jurisdição e do sistema processual. A realidade é uma só: volumes e mais volumes, casos e mais casos.

Adota-se no Brasil uma política de automatização jurisdicional, estabelecendo padrões decisórios que servirão para inúmeros casos. A qualidade decisória, que visa uma análise apurada da instrução do feito, estabelecimento dos pontos controvertidos da demanda é relegada a segundo plano. Buscam-se chavões temáticos e a partir daí se decide o tema e não o caso.

Também se verifica a adoção errônea das técnicas de *judicial departures*, seja o *overruling*, seja o *distinguish*. Estas técnicas são formas de se manter uma coerência do sistema, por meio de uma evolução jurisprudencial. O que se constata é a inovação. Inovação no sentido de se “criar” princípios, impor a opinião pessoal nas decisões, o que permite a utilização de valores com força normativa nos julgados. A partir daí gera-se não uma estabilidade, mas uma instabilidade.

Talvez haja um equívoco, mas os precedentes não estão sendo utilizados como instrumentos dotados de força normativa para solução de conflitos. Os precedentes estão sendo utilizados de forma equivocada para se estabelecer padrões decisórios, atribuindo-se a falsa impressão de segurança e confiabilidade. Processo virou sinônimo de vingança e não uma garantia do cidadão a perquirir um direito. A caminhada é longa e os desafios são grandes e a mudança deve engajar todos os profissionais do direito, com a finalidade de se garantir uma melhor qualidade dos provimentos judiciais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmund. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 1*. Trad. Paulo Astor Soethe; revisão Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.