

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL: DA PERSUASIVIDADE À VINCULATIVIDADE

Vagner Liger de Mello Monteiro

Acadêmica do 8º período do Curso de Direito da UFRN
Monitora de Direito Processual Civil III

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave

Professora-orientadora

RESUMO

O presente trabalho tem em vista destacar o crescimento do instituto dos precedentes judiciais no Brasil nos últimos anos, com o advento de diversos instrumentos legais que o fizeram, acrescentando ao repertório precedentalista pátrio algumas espécies pouco ou talvez nunca utilizadas em nosso país, como os precedentes com caráter obstativo de revisão de decisões e, até mesmo, com natureza vinculante. Propõe-se aqui, além de um retrospecto histórico do instituto, à tarefa de denotar os benefícios que o fortalecer dos precedentes pode trazer nesta onda precedentalista, como a celeridade na prestação jurisdicional, segurança jurídica, confiabilidade, acesso à justiça e economia. Por outro lado, os precedentes não estão imunes às críticas. A análise de algumas delas visa desvendar a viabilidade da importação de um instituto jurídico oriundo de países cuja cultura jurídica é deveras distinta da brasileira.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Crescimento. Onda precedentalista. Críticas. Viabilidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito brasileiro vem experimentando, de pouco mais de dez anos para cá, com o advento da Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998¹, uma alteração substancial em sua essência. Trata-se do avigoramento dos precedentes judiciais, que vêm passando gradativamente a deter papel significativo como importante mecanismo de exteriorização do direito, figurando-se tal instituto como genuína fonte de direito em nosso sistema jurídico.

O precedente judicial trata-se, pois, de uma construção típica do Direito da *Common Law*, de origem anglo-saxã, a qual utiliza dos costumes e da tradição como primordial fonte de direito.

O Brasil, por ser, nesse aspecto, herdeiro da cultura jurídica romano-germânica - a qual tem a Lei como fonte de direito por excelência - em matéria de fontes de direito, costuma relegar os precedentes a segundo plano. Além do que, tende a enxergar o precedente como um instrumento meramente persuasivo (SOUZA, 2007).

Ocorre que, já há algum tempo, “há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o direito brasileiro, e a família da *common law*” (PORTO, 2011, p. 5), de maneira a se perceber uma “convergência” entre essas duas famílias jurídicas, que se tornou permitida pela globalização e se acentuou, com o passar do tempo, na medida em que a comunicação entre os países se tornou mais intensa (PORTO, 2011).

Contudo, atribuímos aos motivos da onda precedentalista aqui explicitada não apenas à globalização, mas também ao fato de o Brasil viver, hodiernamente sob o auge dos princípios.

É que há uma utilização indiscriminada dos princípios pelo magistrado brasileiro, o qual, sob o pretexto de um dos inúmeros princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio, fundamenta qualquer tese jurídica, guiando as suas predileções pessoais, o que, concluímos, causa insegurança, desigualdade e desprestígio ao Judiciário (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009).

Percebe-se, portanto, que há um movimento precedentalista do direito brasileiro, resultante de dois fatores, a saber, (1) a *commonlawlização* do direito brasileiro, utilizando-se da arguta expressão forjada por Sérgio Gilberto Porto

¹ A Lei 9.756 de 1998 lançou o primeiro precedente obstativo de revisão de decisões no Código de Processo Civil, em seu art. 557. Além disso, depois deste diploma legal, vários precedentes foram surgindo gradativamente, caracterizando uma onda precedentalista no Brasil.



(2011); e (2) a crise pela qual vem atravessando o Poder Judiciário brasileiro.

2 COMPREENDENDO O PRECEDENTE JUDICIAL

Conforme ensina o jurista potiguar Marcelo Alves Dias de Souza (2007), ao contrário do que podem pensar os mais desavisados, o precedente judicial não é algo exclusivo aos países herdeiros do direito da *Commom Law*, mas uma realidade presente em todo sistema jurídico, vez que, explica Souza, *onde há atividade jurisdicional, há precedente*.

O que de fato diferenciaria o uso dos precedentes, nas duas espécies de sistemas, para este estudioso dos precedentes, seria a sua obrigatoriedade: em alguns países, o precedente é predominantemente vinculante, enquanto que, em outros, os precedentes costumam ter função meramente persuasiva. Percebe-se, no entanto, que esta se trata de uma ótica estática, sem levar em conta a mencionada troca de soluções entre os sistemas apontada por Sérgio Gilberto Porto (2011).

Mas toda e qualquer resultado do exercício da jurisdição produz precedente? Em outras palavras, quando uma decisão judicial tem o condão de servir como precedente a outras decisões? E mais: numa decisão judicial, o que forma um precedente: o seu inteiro teor ou apenas parte da decisão?

2.1 Espécies de pronunciamento judicial aptos a formar precedentes – conceituação do instituto – distinção entre precedente e jurisprudência

O precedente judicial, segundo o magistério de Henry Campbell Black (*Apud* SOUZA, 2007, p. 1), trata-se de “um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”. Como se vê, por este entendimento, o precedente é fruto de decisão resultante de cognição exauriente (sentença ou acórdão).

Para outros, o precedente seria “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 381). Por esta concepção, mais abrangente que a primeira, pode-se inferir que o precedente nasce não apenas de sentença ou acórdão, mas também de decisões interlocutórias. A definitividade, em nosso entender, não constitui requisito para a formação do precedente. Em função disso, entendemos mais



adequado esta conceituação do instituto sob análise.

Afinal, em decisões interlocutórias também se veiculam teses jurídicas, eis que, nelas, também há a exigência de fundamentação (art. 165, Código de Processo Civil²). Com efeito, eventual tema polêmico, suscitado em sede de liminar, demandaria uma decisão interlocutória. Para bem defender a tese que permitiria uma antecipação dos efeitos da tutela, a parte requerente, ao se utilizar de fundamento de decisão interlocutória de caso análogo no qual foi concedida a medida de urgência, utiliza-se de um precedente, ainda que apenas com caráter persuasivo, demonstrando a plausibilidade de sua tese. Portanto, independente da natureza do pronunciamento, se provisória ou definitiva, se decisão interlocutória ou sentença/acórdão, contanto que detentora de carga decisória, há potencialidade para formar precedente sobre determinada matéria de direito.

O estabelecimento da premissa acima se mostra bastante relevante para que se deixe lúcido que precedente e jurisprudência são institutos que não podem ser confundidos. O termo jurisprudência serve, pois, não raras vezes, para se referir, de maneira equívoca, a uma decisão judicial isolada, conforme menciona Marcelo Alves Dias de Souza (2007), citando os vários sentidos imputados ao termo jurisprudência. Some-se a isso o fato de que jurisprudência, na acepção mais comumente empregada, significa um conjunto de decisões *definitivas* apontando para um mesmo sentido, emanada não por um órgão jurisdicional qualquer, mas por um tribunal - ou por vários tribunais -, a respeito do mesmo caso sobre dada matéria (VIGLIAR, 2003).

Por conseguinte, não há que se confundir precedente e jurisprudência, assim como não há que se pensar que, tal qual a jurisprudência, o precedente teria como pressuposto a definitividade das decisões.

2.2 Os elementos do precedente

Questão de grande utilidade no manuseio do precedente diz respeito a quais elementos da decisão são levados em conta para os casos futuros semelhantes. Antes, necessário se faz uma breve análise dos elementos da decisão judicial em si.

A sentença, segundo exige o Código de Processo Civil, em seu art.

² Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.



458³, é composta de três elementos, quais sejam, o relatório fático, a fundamentação e o dispositivo.

Quanto às decisões interlocutórias, outra modalidade de pronunciamento judicial com caráter decisório, embora não haja previsão legal, acaba-se utilizando para elas analogicamente a mesma estrutura da sentença.

Para o precedente judicial, com base na literatura anglo-americana sobre o tema, importa apenas distinguir as questões de fato e de direito. Ensinam, neste sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, com base nas lições de José Rogério Cruz e Tucci, enfatizando a importância das razões da decisão:

De acordo com Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do precedente, deve-se entender que o que tem caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. (2010, p.381)

Como se vê, a *ratio decidendi*, embora não seja o único elemento do precedente, é tido como o mais importante, eis que, a partir dele que é extraído o direito, levado a cabo para as decisões futuras semelhantes.

Além disso, faz-se relevante mencionar a figura do *obiter dictum*, ou, em vernáculo, dito de passagem. Tal elemento, recorrendo-se mais uma vez das lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (2010, p. 383).

³ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.



Depreende-se das lições acima que, da fundamentação, ainda há de se retirar eventuais elementos acessórios, ditos de passagem, para a extração da *ratio decidendi*. Não nos ateremos, contudo, à análise das técnicas de identificação da *ratio decidendi*, tarefa deveras arduosa, que conduziria o presente trabalho para objeto diverso do pretendido⁴.

Por último, insta relatar que não há que se confundir a difusão dos precedentes no Brasil com um espraiamento dos limites subjetivos da coisa julgada, já que esta apenas manuseia a parte dispositiva da sentença. Por cuidarem de elementos distintos da decisão judicial, trata-se de instituto que não podem ser confundidos.

2.3 Compreendendo melhor a onda precedentalista a partir da classificação dos precedentes

Dentre as inúmeras classificações possíveis, adotamos a proposta por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010), vez que leva em conta, como critério, os efeitos jurídicos produzidos pelos precedentes brasileiros concebidos na onda precedentalista em destaque neste estudo.

Para estes doutrinadores, o precedente judicial se classificaria em: a) Precedente vinculante/obrigatório: quando dotado de autoridade vinculante em relação aos casos futuros semelhantes, como é o caso das Súmulas Vinculantes⁵, das Súmulas Persuasivas em relação ao próprio tribunal editor, das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, bem como da Repercussão Geral dos Recursos Especial e Extraordinário (arts. 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil); b) Precedente obstativo da revisão de decisões: quando possui o dom de afastar a possibilidade de conhecimento de recursos pelo juízo de segundo grau, como é o caso dos dispositivos do Código de Processo Civil encartados nos artigos 475, §3º; 518, §1º; 544, §§3º e 4º e o precursor 557; c) Precedente persuasivo: quando serve apenas de “indício de uma solução socialmente racional e socialmente adequada” (TUCCI *apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 390), destituída

⁴ Sobre a *ratio decidendi*, Marcelo Alves Dias de Souza (2007) dedica generosas 15 páginas na análise do instituto.

⁵ Assim como os ilustres autores a que fazemos menção, consideramos as súmulas vinculantes como espécie de precedente, embora este instituto comporte algumas peculiaridades.



de caráter obrigatório. Como exemplo de precedente persuasivo, temos as Súmulas editadas pelos tribunais superiores.

Fixadas as bases com tal classificação, fica cristalino o movimento precedentalista que ocorre no Brasil, como se verá nas linhas adiante, eis que, de um quadro predominantemente persuasivo, o precedente brasileiro ganhou, com esta onda precedentalista, espécies obstativas de revisão de decisões, bem como figuras vinculantes.

3 HISTÓRICO DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Se onde há jurisdição há precedente (SOUZA, 2007), no Brasil, não poderia ser diferente. Desde o monopólio jurisdicional imposto pela colonização lusitana, a figura do precedente se faz presente. Aliás, durante toda a história do Direito brasileiro, verificam-se, inclusive, alguns lampejos de vinculatividade, como se verá nas linhas a seguir, inobstante a grande predominância do seu caráter persuasivo. Foi assim com os assentos expedidos pela Casa de Suplicação de Lisboa⁶, de observância obrigatória em terras tupiniquins; sem falar do Recurso de Ofício⁷, implantado na Era Vargas – mecanismo repressivo de controle político da atividade jurisdicional, típico do regime ditatorial da época, o qual determinava que a interpretação de Lei Federal pelas instâncias inferiores fosse, obrigatoriamente, tal quais os precedentes do Supremo Tribunal Federal⁸ (BEZERRA, 2009). Podem-se mencionar, ainda, os prejulgados Trabalhistas (antigo art. 902 da CLT, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.737/46) e Eleitoral (com previsão no art. 263 do Código Eleitoral), ambos com a vigência afastada ulteriormente⁹.

⁶ Vigeu durante o curto período entre 1875, com a edição do Decreto 2.684 – que determinou a obediência aos assentos expedidos em Lisboa –, e 1876, com a edição do Decreto 6.142 – que devolveu ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para expedir os assentos (BEZERRA, 2009).

⁷ Lançado pelo Decreto 23.055/1933, mas ulteriormente não recepcionado pela Constituição de 1946.

⁸ Neste diapasão, interessante se faz mencionar a colocação do preclaro Paulo Renato Guedes Bezerra, quando aduz que “a função dos precedentes varia de acordo com o regime político dominante no país.” (2009, p. 42).

⁹ O art. 902 da CLT foi interpretado como não recepcionado pela Constituição de 1946. No entanto, tal afastamento apenas ocorreu em 1977, pelo STF, por haver, à época, quem interpretasse o referido dispositivo como uma afronta ao princípio da tripartição de poderes. O art. 263 do Código Eleitoral, por sua vez, teve sua aplicabilidade afastada pelo próprio Tribunal Superior



Afora esses efêmeros casos de vinculatividade, importante se faz registrar o contexto de surgimento da figura talvez mais difundida de precedente no Brasil: as Súmulas - de cunho persuasivo – as quais, inicialmente, eram de uso exclusivo do Supremo Tribunal Federal, mas que, posteriormente, os demais tribunais passaram a lançar mão deste mecanismo para consolidar os seus julgados. Com surgimento nos idos de 1963, pelo Ministro Victor Nunes Leal, as Súmulas tiveram como escopo sanar a grande situação de sobrecarga pela qual passava a Suprema Corte, diante das numerosas e reincidentes demandas análogas (BEZERRA, 2009).

Em 1998 – com a edição da Lei 9.756 -, o quadro de predominância dos precedentes persuasivos começou a mudar gradualmente. Iniciou-se, a partir daí, uma série de alterações ao ordenamento jurídico brasileiro, acrescentando ao repertório precedentalista pátrio algumas espécies pouco ou talvez nunca utilizadas em nosso país, alguns deles com caráter obstativo de revisão de decisões e outros de natureza vinculante. A referida lei, que alterou alguns dispositivos do Diploma Processual Civil, deu nova redação do art. 557, o qual passou a permitir que o relator negue prosseguimento a recurso contrário à súmula¹⁰ ou à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Cuida-se, portanto, o *caput* do art. 557, de típico precedente obstativo de revisão de decisões.

Em 2001, foi a vez de a Lei 10.352 dar o seu contributo ao fortalecimento dos precedentes judiciais. Alterando o disposto no art. 555 do Código de Processo Civil, passou a prever, em seu § 1º, mecanismo incidente de uni-

Eleitoral, mediante acórdão de nº 12.501, DJ 10.03.1993, p. 3.478, pelo mesmo motivo que o art. 902 da CLT. A despeito de o Tribunal Superior Eleitoral não deter competência para fulminar texto de lei – e daí o motivo pelo qual o dispositivo em comento ainda não se encontra oficialmente revogado – o Tribunal de cúpula da Justiça Eleitoral abdicou da própria competência de editar o prejudgado. Curiosa e paradoxalmente, percebe-se que o uso do precedente vinculante pela Justiça Eleitoral foi afastado por uma decisão que produziu efeitos obrigatórios.

¹⁰ Neste momento, as súmulas, que até então tinham efeito meramente persuasivo, passaram a ter um maior poder de vinculação, especificamente na oportunidade de interposição de recursos. Observe que não se pode confundir tal vinculatividade que fora conferida nestas ocasiões às Súmulas Persuasivas com as Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal, que passaram a existir por força de criação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Este é um típico exemplo de precedente obstativo da revisão de decisões, na classificação proposta por Didier Júnior, Braga e Oliveira (2010), dentre as outras espécies da classificação, a saber, o precedente vinculativo e o precedente persuasivo. Embora não esteja esta espécie de precedente situada dentre os vinculantes, não se pode negar a significativa carga de vinculatividade do precedente obstativo da revisão de decisões.



formização jurisprudencial pelos próprios tribunais de segundo grau, evitando que certos dissídios jurisprudenciais cheguem ao Superior Tribunal de Justiça.

O ano de 2004, no entanto, aparece como um marco no direito brasileiro para a evolução do precedente. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida também como Reforma do Judiciário, que elegeu a duração razoável do processo como direito fundamental, passando a ter previsão no rol do art. 5º, foram instituídas as Súmulas Vinculantes (art. 103-A, CF), de competência do Supremo Tribunal Federal; afora o surgimento da preliminar de Repercussão Geral aos Recursos Extraordinários. Com isso, passou a haver uma mobilização ainda maior do Legislativo, por determinação da própria Emenda, encartada no art. 7º do seu texto original, para a concretização da reforma. Impôs o aludido dispositivo:

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Plantadas as sementes, surgiram os frutos com o advento de mais inúmeros diplomas legais engajados na efetividade da Emenda Constitucional. Dentre os de maior relevo¹¹, encontram-se a Lei 11.417/2006, que disciplina as Súmulas Vinculantes; a Lei 11.418/2006, a qual institui no Código de Processo Civil a preliminar de Repercussão Geral, trazendo a possibilidade de tomar uma causa como paradigma para as demais que sejam idênticas, sobrestando o curso do processamento destas enquanto não julgada a causa eleita como paradigma¹²; além da Lei 11.672/2008, que instituiu também ao Recurso Es-

¹¹ Necessário se mostra fazer menção também à Lei 11.276/2006, que instituiu, no art. 518, § 1º, do CPC, a proibição ao juízo *a quo* de dar prosseguimento a recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou STF (precedente obstativo da revisão de decisões); bem como à Lei 11.277/2006, que lançou o art. 285-A do Código de Processo Civil, criando a possibilidade de improcedência da ação antes mesmo da citação, caso se trate de matéria de direito já apreciada pelo juízo competente (mais conhecida como julgamento de improcedência *prima facie*).

¹² Instituto que cria critério de admissibilidade preliminar aos Recursos Extraordinários e atribui, destarte, ao Pretório Excelso a competência para julgar Recurso Extraordinário tão-só às causas



pecial o critério de admissibilidade preliminar da Repercussão Geral.

A evolução realçada neste estudo, contudo, não se encerra por aqui. O Projeto de Lei nº 166 de 2010, que se encontra atualmente em trâmite no Congresso Nacional para instituir um novo Código de Processo Civil, pretende dar prosseguimento às inovações tendentes ao fortalecimento dos precedentes, ensejando, destarte, que sejam vislumbrados os próximos passos da *evolução* que se encontra em curso. A inovação que se propõe a lançar o referido projeto de lei traz a possibilidade de os próprios tribunais de segundo grau adotarem casos paradigmáticos para as questões recorrentes, sobrestando o curso dos processos idênticos enquanto não julgado o caso conferido como paradigma, mediante o denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas¹³ (Capítulo VII do Livro IV, arts. 894 a 906, PL 166/2010).

4 ASPECTOS POSITIVOS NUMA AMPLA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

De início, entenda-se por ampla utilização dos precedentes como o uso pelos Tribunais de não apenas precedentes de caráter persuasivo, mas também de figuras de cunho *obstativo da revisão de decisões* e *vinculativo*.

O Poder Judiciário brasileiro, já há algum tempo, sofre inúmeras críticas acerca da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, bem como da contradição entre pronunciamentos proferidos pelos órgãos jurisdicionais. Tal fato não constitui nenhuma novidade.

Não obstante algumas dessas críticas serem um tanto severas e injustas, em vista da infundável demanda que chega ao Judiciário - consequência da cultura contenciosa brasileira -, há motivos que concorrem para essa crise e que são merecedores da atenção do jurista brasileiro, como é o caso dos problemas de lentidão e contradição, supramencionados.

A questão da morosidade, exemplificativamente, não fica adstrita, como consequência, à frustração do jurisdicionado com o sistema, mas diz

que atinjam uma generalidade de pessoas, transformando o STF num tribunal que se ocupa, razoavelmente, não com causas adstritas às partes, e sim com causas que abarcam uma coletividade de pessoas.

¹³ Algo bastante semelhante com o que fazem o STF e o STJ com os recursos Extraordinário e Especial, respectivamente, após o surgimento da Repercussão Geral.



respeito ao próprio direito de acesso à justiça, encartado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹⁴. Endossa essa tese o célebre processualista italiano Mauro Cappelletti, referência internacional no tema do acesso à justiça, quando prelecionou, à época em que escreveu *Acesso à Justiça*, que, para o efetivo acesso, é necessária uma reforma dos procedimentos judiciais em geral visando um processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres (1988). Parece que a pretendida reforma de Mauro Cappelletti já se encontra num avançado caminhar em relação aos óbices econômicos de acesso a justiça¹⁵. A reforma com vista à rapidez, de seu turno, mostra-se ainda carente de consolidação.

A questão da igualdade, por sua vez, diz respeito a um velho ideal político, que ainda não se encontra plenamente traduzido para o plano jurídico-prático, a saber, a igualdade perante a lei. Refere-se, na seara prática, à flagrante injustiça que se comete quando se proferem duas decisões judiciais distintas a casos idênticos, sem que algum dos casos detenha justa causa fática que autorize a discriminação¹⁶, dando azo, destarte, a uma grande insegurança jurídica. Essa lamentável realidade é levada ao que Cândido Rangel Dinamarco (*Apud* VIGLIAR, 2003) denomina de “jurisprudência lotérica”, segundo o qual, levaria esta situação ao pensamento pelo jurisdicionado de que, se tiver sorte, sua causa será distribuída para um julgador defensor de tal ou qual posicionamento¹⁷.

Ocorre que lentidão e contradição são apenas alguns dos sintomas de uma chaga maior, qual seja, a desuniformização na resolução de causas similares reiteradas. Assim como, com um enfermo, o profissional da saúde necessita investigar os sintomas para descobrir a patologia, real causadora dos sintomas – a fim de evitar que se prescrevam soluções paliativas aos sintomas –,

¹⁴ Embora o acesso à justiça não seja expressamente consagrado neste dispositivo, pode-se fazer menção indireta a este inciso, por uma interpretação teleológica e histórica, sobretudo quando se tem em vista o texto original da Emenda Constitucional nº 45 – que acresceu ao rol do art. 5º o inciso LXXVIII –, no trecho do art. 7º que diz: “[...] bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional” [grifo acrescido]

¹⁵ Haja vista a instalação das Defensorias Públicas e dos demais meios de assistência jurídica gratuita ao necessitado.

¹⁶ Utilizando-se, aqui, por analogia à igualdade perante a lei, o critério proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra ímpar sobre o princípio da igualdade (2010).

¹⁷ Há que se fazer menção, ainda, a um jargão bastante utilizado no meio jurídico que reflete essa deplorável realidade, expressa na frase debochável: “de cabeça de juiz e fralda de neném, ninguém sabe o que pode sair”. Seria cômica a referida frase, se não fosse trágica tal realidade.



com os sintomas que vêm atacando o Poder Judiciário brasileiro (morosidade, desigualdade, descrédito), exsurge a necessidade de uma detida análise para desvendar a chaga causadora de tais sintomas. Não à toa, o precedente judicial, no Brasil, tem-se difundido, transformando-se num importante instrumento na tentativa de solucionar os referidos problemas.

Sobre as benesses que a atribuição de efeitos vinculantes trazem às decisões judiciais, o jurista americano Farnsworth (*Apud* SOUZA, 2009), em análise ao sistema do *stare decisis*¹⁸ – instituto americano de precedentes vinculantes –, aduz que o benefício do uso dos precedentes com efeitos obrigatórios revelam-se no quadrimônio *igualdade, segurança, economia e respeitabilidade*.

Além da *igualdade* e da *segurança jurídica*, já analisados em momento oportuno, a *economia* realça-se no que o Judiciário há de poupar com trabalho, tempo e energia, quando deixa de apreciar determinada matéria a fundo para seguir o entendimento já consolidado. A *respeitabilidade*, por sua vez, refere-se a uma consequência da própria segurança jurídica: uma vez que não haja decisões divergentes para casos de grande similitude, existirá respeitabilidade pela sociedade para com o Judiciário.

As causas acima apontadas não esgotam os benefícios que o uso do precedente judicial pode trazer – e já está trazendo – ao direito brasileiro¹⁹. Contudo, não se pretende, com esse trabalho, ficar restrito aos aspectos benéficos do instituto sob análise, já que nenhum instituto jurídico está livre de seus aspectos negativos, e não seria diferente com os precedentes judiciais.

5 AS CRÍTICAS À AMPLA UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Inobstante as facetas benéficas da ampla adoção dos precedentes judiciais, que se tentou denotar nas linhas pretéritas, há quem critique duramente os precedentes, pelos mais diversos motivos. Dentre eles, serão analisados os dois principais, sem a pretensão de esgotar as críticas, nem mesmo de advogar pela perfeição do instituto²⁰.

¹⁸ Derivado da máxima latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “ficar como foi decidido e não mover o que está em repouso”.

¹⁹ Marcelo Alves Dias de Souza (2007), por exemplo, traz ainda as vantagens da previsibilidade, precisão e aprimoramento do trabalho decisório do juiz.

²⁰ Além das críticas apresentadas nesse estudo, relevante se faz mencionar demais outros argumentos contrários à obrigatoriedade dos precedentes vinculantes, como a rigidez do sistema,



Levando-se em consideração que (1) afora o precedente persuasivo, na classificação proposta por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010), existem os precedentes obstativos da revisão de decisões e os precedentes vinculantes; (2) segundo estes mesmos autores, os precedentes obstativos da revisão de decisões “não deixam de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes” (2010, p. 390); e que (3) as críticas analisadas a seguir são mais comumente dirigidas aos precedentes de natureza obrigatória, como as súmulas vinculantes; tomaremos as críticas a seguir como válidas para a ampla utilização dos precedentes, entendendo-se por ela o manuseio dos precedentes não apenas no seu restrito caráter persuasivo.

5.1 A violação ao princípio constitucional da separação dos poderes

Talvez a mais difundida crítica ao precedente judicial vinculante seja a de que a qualidade de obrigatório de que é dotado tal ou qual precedente seria uma afronta ao princípio da separação das atribuições de Poder. Enxergam os que defendem essa tese uma ofensa da observância compulsória dos precedentes aos limites de atribuição do Poder Judiciário, que não detém competência para emanar normas, sobretudo por não deter legitimidade democrática para tal. Por fruto dessa interpretação, os prejulgados trabalhista e eleitoral tiveram a sua aplicabilidade afastada, como já mencionado outrora.

Entende-se, no entanto, que a referida violação é apenas aparente, vez que o Judiciário, quando emana precedentes vinculantes, não atua no exercício de função legislativa, adotando-se a concepção das funções estatais propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ (2010). O Poder Judiciário, pois, tem a atribuição, prevista constitucionalmente, de legislar sobre determi-

complexidade, o uso de distinções ilógicas, a morosidade no aperfeiçoamento (SOUZA, 2009), além da violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da recorribilidade.

²¹ O ilustríssimo professor Celso Antônio Bandeira de Mello leciona, em seu Curso de Direito Administrativo, que a função legislativa é aquela que “o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.” (2010, p.35). Por outro lado, a função jurisdicional é “a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso” (2010, p.36).



nados assuntos, a fim de preservar a autonomia e independência dos Poderes, a exemplo do art. 96, I, alínea “a”, da Constituição Federal. Ocorre que, nesta hipótese, o Judiciário, de fato, legisla, e o faz em conformidade com as atribuições constitucionais a ele outorgadas. No caso dos precedentes, entretanto, o Judiciário claramente atua no uso da sua função jurisdicional – vez que opera na resolução de conflitos -. O que ocorre é que, da fundamentação da decisão – fruto do exercício da jurisdição -, retira-se a sua essência para se elaborar um enunciado, que ganha maior abstração e generalidade - atributos da norma legislada - daí a confusão.

O direito é dinâmico, devendo adequar-se à realidade social da época. Em razão disso, os princípios de direito devem ser interpretados sob a ótica das necessidades sociais do momento. Não há, destarte, que se vislumbrar o princípio da separação dos poderes com a mesma concepção da época das revoluções do século XVIII, eis que os motivos que levaram a sua criação não se fazem mais presentes da mesma maneira como eram. Embora o abuso de poder ainda exista e, aliás, de forma abundante no Brasil, não se pode compará-lo com o da época absolutista.

Além disso, uma ampla adoção dos precedentes não teria o condão de retroceder a sociedade à época revolucionária.

Ao que parece, o pensamento de violação à separação dos poderes do Estado por uma ampla adoção dos precedentes judiciais se refere apenas a um temor infundado.

5.2 A violação ao princípio da livre convicção do magistrado

Outra crítica bastante comum aos precedentes vinculantes é a de que a sua vigência traria a conseqüência da mecanização do ofício do magistrado, que passaria a não exercer mais o seu livre convencimento para realizar um trabalho maquinal, livre de qualquer intelecção.

Percebe-se, todavia, que esta se trata de mais uma visão radical. Afinal, pugnar pela livre convicção do magistrado a qualquer custo, expurgando os precedentes judiciais e seus benefícios, seria enxergar o sistema, novamente, com a visão de outrora. O princípio da livre convicção do magistrado, pois, surgiu como uma resposta ao apego demasiado à lei. Aqui, assim como ocorre com o princípio da separação dos poderes, clama-se também pela mitigação



do princípio dentro da sua razoabilidade²², enxergando-se o princípio da livre convicção do magistrado de acordo com a realidade dos dias atuais, o qual deve ser amenizado ante a promoção de valores como a igualdade, segurança jurídica e celeridade, acesso à justiça.

Compartilha deste mesmo entendimento José Marcelo Menezes Vigliar, lavrando com pena de ouro:

Privilegiar as garantias do magistrado em detrimento da segurança que o jurisdicionado necessita representaria uma espécie de sanção ao jurisdicionado, que deve ir ao Judiciário e, ainda, sob o pretexto de contar com um juiz independente, receber a insegurança que essa independência pode revelar na prática, pela adoção ilimitada de teses jurídicas antagônicas para eventos idênticos. (2003, p.34)

Ainda sobre a liberdade de convicção do magistrado, completa magistralmente Vigliar, aduzindo motivos bastante convincentes:

Há que se perceber que a liberdade de atuação – essencial, reconheço – que se concede ao magistrado, ao membro do Ministério Público e aos advogados não é concedida para que protejam as suas convicções pessoais, suas preferências e predileções doutrinárias em relação a um determinado ponto-de-vista puramente técnico do direito. Menos ainda, suas convicções sociais (como a política e a religiosa). Absolutamente, não. (2003, p. 42)

[...]

Outras – e tão importantes quanto – são também as aspirações dos jurisdicionados que outorgaram aquelas garantias ao magistrado. Dentre elas, destaco a da certeza do direito material que será aplicado, ao menos enquanto tese. Ainda, de uma forma secundária para este texto, celeridade possível na solução do conflito que se apresenta à solução. (2003, p. 43)

²² É inimaginável, pois, que a vinculatividade dos precedentes teria o condão de retornar ao *status quo* anterior ao advento da persuasão racional do juiz.



Como se vê, além de ser desarrazoado evocar o princípio da liberdade de convicção do magistrado a qualquer custo, percebe-se que, neste caso, esta seria uma medida de pisotear as expectativas dos jurisdicionados.

Além de tudo já aqui exposto, por fim, merece menção o fato de que, ainda que se cheguem casos idênticos ao magistrado, terá ele, sim, o dever de analisá-lo minuciosamente, exercendo destarte uma função intelectual, para apreciar se o caso adéqua-se ao precedente, ou se é merecedor de alguma distinção para que não se enquadre no julgado-padrão. É o que, na doutrina americana dos precedentes, chama-se de *distinguishing*. Aliás, a realidade dos precedentes em terras americanas é absolutamente estranho à idéia de mecanização e rigidez, desenvolvendo-se o precedente de maneira flexível, detendo, para tal, alguns mecanismos como o citado *distinguishing* (PORTO, 2011).

Com isso, fica claro que é um tanto forçoso dizer que o ofício da magistratura ficaria mecanizado e livre de intelecção, vez que um mínimo de análise há de ser realizada para saber se determinado caso é ou não merecedor de distinção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crítica da violação ao princípio do livre convencimento do juiz, juntamente com a violação da separação dos poderes são apenas dois dos principais argumentos contrários à observância compulsória dos precedentes judiciais. Tarefa árdua e inoportuna para este trabalho seria a contra-argumentação de cada uma delas, até pelo fato de que, assim como todo instituto jurídico, o precedente não está livre de imperfeições.

A realidade do precedente judicial no Brasil é que fora implantado artificialmente, por força de lei, e não nasceu de maneira natural, pelo exercício da jurisdição. Some-se a isso o fato de que as súmulas, tanto a de caráter persuasivo, tanto a de natureza vinculante, são concebidas da elaboração de enunciados, e não extraídas da *ratio decidendi*, o que revela igualmente um caráter um tanto artificial, fruto da cultura jurídica brasileira, que ainda não se encontra acostumada à idéia de que uma decisão judicial pode surtir efeitos para outros casos semelhantes.

Inobstante as críticas apresentadas, percebe-se que na implantação do efeito vinculante ao precedente brasileiro, acreditamos que a balança pen-derá para o lado vantajoso do que para o lado desvantajoso. E o que permite



expende essa afirmação é que tal instituto, importado do direito alienígena, não está sendo implantado acriticamente, mas de acordo com as necessidades do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, tendo em vista todo o histórico dos precedentes judiciais no Brasil, difícil é crer que a *evolução* ocorrida nos últimos anos venha a desfalecer, como ocorreu com algumas isoladas tentativas de vinculatividade do precedente em outros tempos. Uma pelo fato de que estas se constituem substancialmente mais robustas do que aquelas. Além disso, como já se tentou explanar anteriormente, o terreno das mudanças recentes encontrava-se previamente arado pela superação do pensamento fundamentalista de que apenas um dos sistemas jurídicos pode vigor num ordenamento jurídico.

O direito brasileiro, contudo, carece da atenção do jurista para o tema, a fim de que uma maior produção doutrinária permita que se aperfeiçoem e se delimitem os confins do instituto ora estudado, tão instigante e tão repleto de nuances, adequando-o à realidade e às necessidades deste país que acaba de adotá-lo.

Aqui segue uma singela contribuição.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEZERRA, Paulo Renato Guedes. **A Força do Precedente na Jurisdição Constitucional Brasileira**. Natal: UFRN, 2009. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.



CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. v. 2. Salvador: Jus Podium, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processos-coletivos.net/ve_artigo.asp?id=62>. Acesso em: 03 out. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Sumula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência: Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

THE JUDICIARY PRECEDING IN BRAZIL: FROM PERSUADING TO ENTAILED

ABSTRACT

The target of this briefing is to detach the increasing of the entailed authority judiciary preceding in Brazil occurred in the last few years, because of the great number of legal instruments, adding to the paternal repertory preceding some kind of few or never used in our country, such as the preceding



with obstat character of review of decisions and even binding nature. It is proposed that, besides a historic retrospect, the task of denoting the benefits that these effects are bringing at this preceding wave, like the celerity of jurisdictional services, juridical reliability, justice accession and economy. Otherwise the precedings are not immune to criticism. The analysis of such precedings aims to unveil the feasibility of importing a juridical institute from countries which legal culture is indeed distinct to the Brazilian one.

Keywords: Judiciary preceding. Increasing. Preceding wave. Criticism. Feasibility.

