

**PRECEDENTES COMO TÉCNICA DE ABREVIÇÃO DO PROCEDIMENTO, UMA
ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA**

**PRECEDENT AS TECHNICAL ABBREVIATION PROCEDURE, AN ANALYSIS OF
THE LIGHT RIGHT OF ACCESS TO A FAIR LAWS**

Antonio Carlos Gomes¹

<http://lattes.cnpq.br/7966940854058399>

Celina Rizzo Takeyama²

<http://lattes.cnpq.br/0281198360647072>

RESUMO: O presente artigo visa enfrentar a questão da utilização de técnicas de abreviação do procedimento processual, em especial aquelas inspiradas em precedentes, como forma de se prestar uma tutela jurisdicional justa, porque mais célere. Faz-se ainda uma análise de que uma tutela justa não é necessariamente aquela que seja apenas concedida rapidamente, mas aquela que conjuga celeridade e julgamento justo em seu conteúdo. Destaca a necessidade de se ter cuidado na transposição do sistema de precedente para o ordenamento pátrio, para que este jamais se sobreponha à lei, advertindo da importância do elemento fundamentação quando da utilização da técnica dos precedentes. Traz um breve paralelo entre precedente, súmula e jurisprudência, destacando as diferenças existentes entre eles, principalmente, no direito brasileiro e neste ponto revela uma inadequação entre precedente tal como compreendido no direito americano e aquele praticado em nosso país.

PALAVRAS-CHAVES: Precedentes. Acesso à Justiça. Motivação. Súmulas. Jurisprudência.

ABSTRACT: The present study aims at facing the issue of applying proceeding abbreviation, especially those inspired in precedents as a prompt means of providing fair judicial protection. A fair protection is here regarded as not necessarily fast, but to integrate promptness and fair judgment in its content. We emphasize how necessary it is to be careful when transposing the precedents system to Brazilian law in order to definitely prevent it to overlap the law, warning on the importance of substantiation when applying precedents techniques. It brings a brief parallel among precedent, case law and jurisprudence, highlighting the differences and

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Maringá – Paraná. Bolsista CAPES. E-mail: acmgma@ig.com.br.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Maringá – Paraná. Bolsista parcial CAPES. E-mail: celinaadv@gmail.com.

similarities among them, mainly in Brazilian Law. In so doing, it reveals an unsuitable aspect concerning about the concept of precedent the way it is known in American Law and that one practiced in our country.

KEYWORDS: Precedents. Access to Justice. Motivation. Precedents. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

As linhas que se segue não traz em si nenhuma pretensão por demais hercúlea senão uma reflexão sobre o sistema de precedentes, principalmente na sua internalização ao direito pátrio. Aproveitando-se de técnicas processuais que vem sendo inseridas no processo brasileiro, cujo objetivo imediato é a desobstrução de prateleiras de varas e Tribunais de um acúmulo excessivo de processo.

Não se advogará de forma absoluta contra a utilização deste expediente, de raízes mais profundas no *common law*, ao contrário, a utilização de decisões de outros juízos, em especial de Tribunais para reforçar uma tese ou um juízo de convencimento é comum no direito brasileiro não é de hoje, tanto do lado das partes como do lado dos magistrados, contudo, o que se espera extrair destas breves considerações é uma visão crítica a respeito de como a técnica de precedentes pode contribuir ou deixar de contribuir para a concretização de acesso efetivo a uma ordem jurídica justa.

Obviamente não se perderá de vista as características de nosso próprio sistema, baseado no culto à lei, e mais recentemente, à Constituição, como centro emanador de reflexos para todo o ordenamento.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRECEDENTES NO *COMMON LAW*

O sistema de aplicação de precedentes, também conhecido como doutrina do *stare decisis* tem sua fonte no direito inglês e foi adotado nos Estados Unidos da América como consequência natural da colonização deste país pela Inglaterra.

É certo, contudo, que a adoção pela nação norte americana da doutrina do *stare decisis* não se deu exatamente com o mesmo rigor de observância aos precedentes tal como realizado na Inglaterra, pois se a opção após a independência foi pelo sistema do *common law*,

este acabou sendo mitigado pelo *statute law*, como descreve Osmar Mendes Paixão Côrtes³, onde “O resultado foi a adoção desse sistema, mas com algumas nuances, americanizado, até como reação à antiga colonizadora Inglaterra”.

A diferenciação entre o sistema norte americano e o inglês, embora aquele tenha se baseado no sistema deste, é o fato de uma maior influência do *statute law* sobre os americanos, pois, este sistema “sempre esteve mais presente no direito norte-americano do que no direito inglês, como uma forma de adaptar o *common law* à realidade americana”⁴.

Nota-se assim, que o sistema americano do *common law* é um sistema mais flexibilizado, em comparação com o mesmo sistema adotado pelo direito inglês, e isso em face de uma presença mais forte do *statute law*, que fomenta a produção de normas, e ainda, em função do panorama econômico e social da nação americana que não se contenta unicamente com os precedentes⁵.

Na América do Norte, portanto, o sistema do *common law* não está diretamente ligado à ausência de leis, ao contrário, há leis, e há uma produção legislativa intensa, ao contrário de tempos mais remotos, onde a presença de leis aprovadas pelo parlamento era bem diminuta, afirmar, pois, que se impõe ao judiciário atuar mais ativamente em face da ausência de um quadro legislativo significativo, é na verdade uma grande falácia, visto que, há estados americanos que possuem muito mais leis do que alguns outros países que pertencem ao sistema de direito ligado ao tronco romano-germânico.⁶

Traçadas essas breves considerações sobre o *common law* americano e inglês é oportuno trazer à baila a definição esposada por Toni M. Fine⁷ que à cerca da doutrina do *stare decisis*, assim expõe:

[...] uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior. Segundo essa doutrina, uma regra de direito, uma vez proferida por um Tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada.

³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 129.

⁴ *Ibid.*, p. 133.

⁵ *Ibid.*, p. 134.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁷ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

Voltando à lição de Côrtes⁸, quando trata do sistema no direito inglês, ele leciona que:

Todo o desenvolvimento da *common law* teve uma preocupação central – ajustar o processo para que as demandas pudessem ser resolvidas pelo juiz. Não se dava atenção tão grande a eventuais normas a serem produzidas pelo Parlamento e até à proteção material dos bens.

A lógica do sistema do *common law* é que juízes e Tribunais inferiores tenham que seguir os entendimentos traçados pelos Tribunais que lhe são superiores, assim, segundo o escólio de Toni M. Fine⁹ dentro do direito americano, considerando tão somente o sistema judiciário federal há três níveis no judiciário, sendo eles, *US District Courts*, equivalentes a juízes de primeira instância, as *US Courts of Appeal*, Tribunais de Apelação e a *US Supreme Court* e nesta ordem os primeiros seguem as orientações de julgamento dos dois últimos, enquanto o segundo segue as orientações traçadas pela Suprema Corte, enquanto esta última, embora não vinculada, respeita seus próprios precedentes.

Bom que se diga que um precedente não é algo imutável, podendo a partir de um determinando julgamento ser revisto, assim, um Tribunal pode rever seus próprios precedentes e os precedentes dos Tribunais inferiores.

Percebe-se claramente a notável diferença entre o sistema adotado pelos países que perfilam nas fileiras do *common law* em contraste com os países que adotaram o sistema romano-germânico. Nestes o centro da aplicação do direito é a atividade legislativa, atividade na qual, durante um certo período, se pôs grande fé na regra escrita como a grande esperança de regular todas as situações de possíveis conflitos dentro da sociedade, eram tempos que se acreditavam na totalidade da norma que provinha do texto legislativo, da regra produzida pelo parlamento.

A lei tinha a grande pretensão de não deixar qualquer lacuna, sendo em todos os casos o subsídio máximo do qual o juiz sempre devia lançar mão.

Por sua vez o *common law* deposita nas mãos do magistrado a oportunidade de se decidir conforme os fatos que lhe são apresentados, podendo basear sua decisão, não numa regra escrita, mas sim em princípios extraídos de uma decisão anterior.

⁸ CÔRTEZ, *op. cit.*, p. 111.

⁹ FINE, *op. cit.*, p. 90-96.

E aqui um momento importante, a doutrina do *stare decisis* não é meramente a reprodução não refletida de uma decisão anterior como que se isentasse o juiz do caso atual de pensar no problema presente que lhe é submetido, ao contrário, não se está falando necessariamente em identidade ou semelhança de fato, mas sim em identidade ou semelhança de princípios, ou seja, o caso precedente, quando julgado, ao serem apurados os fatos o juiz extraiu um princípio que regeu a decisão lá adotada, no caso presente o juiz vai se utilizar daquele princípio ao qual se chegou no julgamento do caso precedente e apurar se tal princípio é ou não aplicável ao caso presente. Eis aqui o núcleo das decisões com base em casos precedentes.

Para tanto é necessário que o juiz do caso presente analise profundamente o caso que lhe é posto para que após a análise possa ter condições de verificar se o princípio aplicado ao caso precedente também pode ser aplicado ao caso presente.

Nota-se que se trata de um trabalho de cognição extremamente árduo e que exige do magistrado uma atividade de fundamentação muito bem construída, para a efetiva demonstração de que o caso presente realmente merece receber a aplicação do mesmo princípio que regeu o caso pretérito.

3. PRECEDENTE E MOTIVAÇÃO

Questão importante no trato da apreciação dos precedentes é o cuidado que se deve ter com a fundamentação da decisão, isto porque, é com base na fundamentação que o precedente será devidamente analisado se se aplicará ou não ao caso presente.¹⁰

Neste contexto a Constituição Federal de 1988 trouxe no inciso IX, de seu art. 93 a previsão de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

A motivação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário é importante instrumento de fixação prática do princípio do Estado Democrático de Direito, mormente porque confere um artifício facilitador de fiscalização da atividade judicial, isso em face de que é pela

¹⁰ FINE, *op. cit.*, p. 90-96.: “Enquanto facilmente definida em abstrato, a doutrina do *stare decisis* não se afigura um princípio simples, de fácil definição. Ao contrário, é ela um fenômeno complexo, cuja aplicação reflete prudência e exercício de discricção judicial”.

motivação que se acompanha a vinculação do juiz às provas produzidas no processo, afastando assim o subjetivismo.¹¹

Lembre-se que nosso ordenamento, assim como a maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo, assentou como premissa para julgamento o sistema do livre convencimento motivado, isto é, o juiz será livremente convencido pelas partes, contudo, isso será feito através das provas que ambas as partes terão oportunidade de produzir no processo. Assim, cabe ao juiz quando da prolação da decisão motivar a sua escolha por esta ou aquela tese com base nas provas que lhe foram submetidas, evitando dessa forma o arbítrio e a discricionariedade.¹²

Contudo, conforme anota Mauricio Ramires¹³ não basta simplesmente que haja motivação na decisão, necessário que tal motivação seja válida e será ela válida quando ponderar no seu bojo todas questões submetidas ao juiz

[...] é preciso diferenciar, agora, a fundamentação válida das suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caso “tal ou qual norma legal”. (Mauricio Ramires, p. 41)

Neste sentido ao decidir a causa o juiz deve na motivação fazer uma análise não só dos fundamentos arrolados pela tese vencedora, mas também uma análise de tese sucumbente, pois só assim, estará dando cabal cumprimento da exigência constitucional de fundamentação de suas decisões.¹⁴⁻¹⁵. Deste modo, a desincumbência pelo juiz do dever de fundamentar a sentença encontra no contraditório um parâmetro a ser observado, conforme bem anota Daniel

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 413. “Em outros termos, não basta ao juiz estar convencido. Deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve resultar de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo.”

¹² RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

¹³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁴ *Ibid.*, p. 42: “Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo quem diz porque acolheu as razões do vencedor, afirme as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente.”

¹⁵ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, nº 206, p. 61-78, 2012: “Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais.”

Mitidiero¹⁶, para quem “o problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório”.

Partindo-se, pois, de uma necessidade de motivação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, e mais, que a motivação levada a cabo seja realizada de forma válida, com a apreciação dedicada, não só das razões do acolhimento da pretensão, mas também das razões do não acolhimento da tese contrária, é que a técnica de precedentes ganha elementos que a valorizam, isto porque, o juiz do caso posterior ao entrar em contato com a íntegra do julgamento precedente (não apenas a sua ementa ou um verbete) poderá analisar detidamente as razões que levaram o magistrado anterior a acolher a pretensão de uma parte, bem como, os motivos que levaram a desacreditar as pretensões da outra.

Isto se faz necessário simplesmente porque é assim que se dá a sistemática dos precedentes, isto é, por meio da análise da motivação do julgado precedente, dos fatos e do direito que foi submetido, e da regra, do princípio de direito extraído para julgamento do referido caso. E uma vez de posse de todas essas informações o juiz que atua no caso presente irá considerar a correspondência com o caso que tem nas mãos, e perfilando-se ambos os casos aplica-se o mesmo princípio utilizado no precedente, caso contrário, afasta-se a aplicação daquele precedente analisado.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni¹⁷ a fundamentação da decisão tem especial relevância no *common law*, pois ela não se dirige tão somente às partes, mas também desperta interesse nos juízes e nos jurisdicionados e é no conjunto da fundamentação, com o apoio do relatório onde se encontra o coração da decisão, qual seja, a *ratio decidendi*.

Ratio decidendi não se confunde com a fundamentação, mas é dela extraída¹⁸. Trata-se da razão de decidir, o motivo que levou o magistrado, após ponderar todos os elementos do processo, a se convencer da formulação de uma determinada regra a ser utilizada naquele caso concreto. E é justamente esse elemento, diluído no relatório e principalmente na fundamentação que no *common law* vai adquirir efeito vinculante.

¹⁶ *Ibid.*, p. 61-78.

¹⁷ MARINONI, *op cit.*, p. 221.

¹⁸ *Ibid.*, p. 222.

A par da *ratio decidendi*, outro elemento é encontrado na fundamentação de uma decisão no sistema do *common law*, o *obiter dictum*, parte da fundamentação que não se trata de algo essencial e portanto não carrega em si a importância que possui a *ratio decidendi*.¹⁹

A *ratio decidendi*, portanto, conforme já frisado em linha anterior é o coração da decisão, é a parte que confere o sentido porque o juiz acolheu o interesse de uma parte e deixou de acolher o interesse da outra.

Com base neste panorama explica-se a importância da motivação da decisão no sistema *common law*, importância que aqui no Brasil, ganha relevância não diretamente pelo mesmo motivo, mas principalmente como instrumento de fiscalização da atividade judicial de julgar, contudo, com a transposição da técnica de precedente para o nosso ordenamento, a importância da decisão deve deixar de ser vista tão somente como expediente fiscalizador de subjetividade, arbitrariedade e discricionariedade para também passar a ser o ponto onde se vai buscar os elementos de elaboração da regra de direito construída para aplicação um caso concreto do passado, com possibilidade de influir em um julgamento presente.

Se se pretende implantar um sistema honesto de consideração de precedentes em nosso direito, não há outro caminho senão este, pois, não se pode tomar as atuais investidas sobre o tema que foram realizadas em nossa legislação como algo sério para se falar em precedente, o que se tem são técnicas de sumarização do procedimento, onde tenta-se a todo custo encurtar o iter processual e com isso diminuir a quantidade de processos ativos tanto nos juízos monocráticos, quanto nos Tribunais.

4. PRECEDENTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

É comum se ter em conta como sinônimos os termos precedente e jurisprudência, contudo, há uma linha tênue que separa ambas essas expressões. Neste sentido, anota com propriedade Michele Taruffo²⁰:

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. [...].

¹⁹ *Ibid.*, p. 223.

²⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, p. 140-155, set. 2011.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. [...].

Taruffo²¹ assevera que jurisprudência se materializa em enunciados que tem por características “formulações verbais concentradas em uma ou em poucas frases, que têm por objeto regras jurídicas” daí promanam duas características, quais sejam, se tratam de enunciados gerais e com conteúdo normativo.

Muito, portanto, do que em nosso país se utiliza é jurisprudência, onde em petições e em decisões judiciais cita-se grande quantidade de julgados, colando no corpo da peça processual tão somente a sua ementa, sem que se realize uma incursão interpretativa à respeito dos pontos estruturais das decisões pretéritas, bem como, sem realizar qualquer análise mais profunda sobre a correspondência dos fatos, do direito e do princípio de direito ali aplicado para resolução do conflito com o caso atual, seus fatos e se a regra de direito a ser aplicada ali corresponde à mesma regra apurada no caso precedente.

Quantidade, esta é a lógica nas argumentações, contudo, a apreciação de um precedente não se dá pela quantidade de julgados citados, normalmente, a referência a precedente se dá a apenas um, e de posse da íntegra da decisão o interprete realiza um minucioso estudo de tudo que ali foi decidido, extraindo um princípio que vai ser a base para o julgamento ou o fundamento da decisão a ser tomada.

De logo se vê uma diferença surgindo entre caso precedente e jurisprudência e de como o Brasil tem feito isso de forma equivocada, fruto da importação de uma técnica de um sistema completamente diferente do nosso, sem se debruçar de maneira mais reflexiva sobre o tema.

Já as súmulas, cultuadas por muitos, é o último nível deste “jogo”, onde os Tribunais materializam em pequenos verbetes uma posição consolidada na Corte, de modo que os próximos casos vindo a se enquadrar naquelas poucas palavras terão seu fim condicionado à diretriz ali esposada, se aqui se perceber alguma semelhança com o que se chama de lei, não se trata de mera coincidência.

Esta é a lógica das súmulas editadas pelos Tribunais, pequenos verbetes que se transformam em verdadeiras regras “legais” que deve ser imposta a todos como se a sua

²¹ *Ibid.*, p. 140-155.

produção se originasse do poder constitucionalmente eleito para a produção normativa, no caso o legislativo.

Vê-se, por exemplo, o caso das súmulas vinculantes, onde a criação desses verbetes viram verdadeiras regras de efeito geral e abstrato²² que devem ser seguidos sem questionamento, e aqui um momento para uma reflexão, as referidas súmulas que em quase tudo se equiparam à lei são produzidas por 11 pessoas (no caso do STF), que impõem a sua observância a todos, ao passo que leis que venham a ser criadas pelo Poder Legislativo, são votadas, via de regra, por duas casas, uma contendo 513 membros e a outra contendo 81 membros, após são encaminhadas ao Presidente da República que ainda tem a opção de sancioná-las ou não.

Logo se percebe a rigidez da exigência da produção normativa, em contraste com a menor rigidez imposta à criação de tais verbetes.

Não há dúvidas que a súmula vinculante veio ao mundo com a principal missão de reduzir os processos que tramitam perante o judiciário, e a isso some-se, outras técnicas adotadas pelo sistema brasileiro, como por exemplo a sistemática dos recursos repetitivos, tanto especial quanto extraordinário, aliada ainda a possibilidade do Relator negar seguimento a recurso que contrarie jurisprudência dominante do respectivo do Tribunal ou de Tribunais Superiores (art. 557, *caput*, do CPC), e ainda, o famigerado expediente criado no art. 285-A do CPC, que simplesmente permite ao juiz extinguir o processo com resolução de mérito quando a tese de direito sustentada pela parte autora já constar decidida por aquele juízo em outra oportunidade.

A crítica aqui não é exatamente contra as súmulas editadas pelos Tribunais representativa de sua jurisprudência, a crítica é tornar tais enunciados vinculantes das demais atividades jurisdicionais e administrativa, dando a elas caráter semelhante à de leis, sem que o

²² Encontra-se na Doutrina a seguinte posição: “A *competência do Supremo Tribunal Federal* ficou também aumentada pelo significativo poder, que a Emenda n. 45 lhe concedeu, de editar *súmulas vinculantes* e impor sua observância “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103-A, *caput*). Essas súmulas terão por objeto “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º); o poder de editá-las constitui uma nova característica da fórmula brasileira da separação entre os Poderes do Estado, uma vez que fica um órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, autorizado a produzir verdadeiras normas jurídicas com elevado grau de generalidade e abstração, à semelhança das leis. A infração às súmulas vinculantes poderá dar ensejo a uma *reclamação* endereçada àquele Tribunal, o qual decidirá impondo a observância do direito sumulado (art. 103-A, § 3º). [...]”. (ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 17).

órgão encarregado de fazê-lo tenha a representatividade desejada para emitir preceitos gerais e abstratos.

O que não se percebe é que em muitos casos estão negando o acesso à jurisdição, estão fazendo tábula rasa do princípio insculpido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, tudo pela pretensão de acabar rapidamente com processos e enxugar as prateleiras abarrotadas deles.

Não se está a dizer que a celeridade não seja uma face importante do acesso a uma ordem jurídica justa, afinal tal acesso passa por um julgamento justo,²³ no seu conteúdo, onde se possibilitou que as partes tenham plenas possibilidades de manuseio das regras do jogo processual, que são aqueles inerentes ao devido processo legal, e além de um julgamento justo quanto ao seu conteúdo, passa também pela entrega dessa prestação jurisdicional em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88), daí até a positivação como princípio inerente ao devido processo legal da exigência de duração razoável do processo, contudo, celeridade não quer dizer pressa, pois a pressa faz com que algumas regras desse jogo chamado processo possam vir a ser negligenciadas e isso, num Estado de Direito, é inadmissível, opor obstáculos ao acesso à justiça, em nome de um pretense acesso à justiça é paradoxal e lamentável.

5. PRECEDENTE E ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴ já na década de 70 do século passado reconheciam a dificuldade de estabelecer uma definição para a expressão acesso à justiça, mas isso não os impediram de reconhecer duas finalidades básicas do sistema jurídico, entendendo-se este como “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”, tais finalidades seriam o fato de que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos” e o sistema “deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”.

Acessibilidade a todos de forma igual e resultados justos, eis, portanto, as maiores preocupações do sistema jurídico.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 191: “Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.”

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

Calcada nessas duas colunas mestras o acesso à justiça parece ter sua face voltada diretamente para os jurisdicionados, ao menos em tese assim deveria ser, contudo na prática o discurso é outro. A face do acesso à justiça voltou-se para o Poder Judiciário e parece que está disposto a resolver principalmente os seus problemas, relegando as necessidades da sociedade para um plano de espera ou de subsidiariedade, isto é, as medidas primeiras são para estancar as necessidades do Poder Judiciário, e somente após sobrando energias suficientes é que se partirá para analisar os problemas voltados para a sociedade.

Socorrer o judiciário, quando este estiver em apuros para cumprir sua missão institucional é óbvio que aproveita ao jurisdicionado, mas, este possui outras necessidades que não podem ser negligenciadas neste caminhar. A procura por resolver os problemas do Judiciário muitas vezes leva a negligenciar com as demais necessidades que a sociedade possui no âmbito da solução de conflitos sendo certo que o acesso à justiça não se materializa tão somente através deste Poder, possuindo outras alternativas que podem conduzir a uma pacificação social, algumas vezes até com mais eficiência.

Mas, de todo caso, resolver o problema do Poder Judiciário contribui sim para uma melhora do sistema jurídico como um todo e, portanto, contribui para um acesso à justiça mais efetivo, mas isso tem que ser feito da maneira correta.

E a maneira correta é pensar o Judiciário como um todo, não somente na necessidade de por fim a processos que se desenvolvem por longos anos, embora isso também seja necessário. Como fazer isso? A resposta obviamente não é simples, mas se pode tirar algumas reflexões que de alguma forma poderão ser úteis.

Falando tão somente do acesso a uma ordem jurídica justa por meio dos serviços prestados pelo Poder Judiciário é óbvio que tal instituição merece e deve ser repensada para o momento atual em que se vive, a jurisdição deve tomar pelas mãos o poder que efetivamente representa e alçar-se à condição de protagonista do cenário que se desenha, buscando de fato uma solução justa dos conflitos que lhe são submetidos. Barrar processos como forma de aumentar as estatísticas de processos solucionados não é o caminho, pois, esbarra em ambas as finalidades sustentada por Cappelletti e Garth, quais sejam, acesso igual a todos e resultados justos.

Medidas que tão somente abreviam o processo para que este chegue logo ao seu fim agradam a alguns, contudo, não resolve totalmente o problema. É necessário mais. É necessário que analise a estrutura do Judiciário como um todo, verificando todas as suas

deficiências nos mais diversos pontos e aqui pode-se incluir por exemplo a questão de quantidade de pessoal disponível, a qualidade deste pessoal para a prestação de um serviço eficiente, a estrutura física compatível com o tamanho da necessidade das comunidades locais, equipamentos necessários para um bom desenvolvimento das tarefas burocráticas e planejamento estratégico.

Conforme se vê os pontos a serem refletidos quando se fala em Poder Judiciário são muitos e as medidas a serem adotadas também, é muita presunção achar que se irá produzir uma revolução neste âmbito simplesmente pelo fato de mudar uma lei processual. É necessário mais que isto, é necessário realmente por o dedo na ferida a atacar as reais causas que tornam o sistema lento e injusto, só atacar as consequências não é o caminho, é como tentar apagar um incêndio somente jogando água na fumaça e não na base do fogo.

A questão passa, portanto, não só pelo pensar o direito, mas avança principalmente para a seara política, pois é esta que ao fim e ao cabo tem o poder de decidir onde e quando serão investidos numerários, por exemplo, na contratação de pessoal necessário para aqueles Tribunais que assim o necessitam, na qualificação deste pessoal para a prestação de um serviço eficiente, na licitação de equipamentos e na construção de estruturas físicas condizentes com as necessidades locais. Enfim, tudo depende de investimentos e isso é demais caro para os cofres públicos, ao passo que criar leis, barrar seguimento de processos é algo mais fácil e mais barato.

Outro ponto que pode ser explorado é, por exemplo, o incentivo estatal, por meio de políticas públicas, de soluções alternativas para os conflitos, quando então a jurisdição deixaria de ser a única via de resolução de conflitos, e aqui é oportuna a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵ que aponta como um dos problemas do acesso à justiça a questão da explosão da litigiosidade. Ora, sem dúvidas vive-se atualmente num ambiente altamente competitivo, de ansiedade, de angústia, num ambiente onde a cultura disseminada é a cultura do enfrentamento, do litígio e ações voltadas para o apaziguamento dos ânimos desses litigantes em potencial seria muito bem vinda, começando com ações desde a fase infantil, já na escola, buscando incutir nas crianças sempre a necessidade de primeiro estabelecer um diálogo, antes de se buscar a solução heterocompositiva.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

Essa pequena digressão sobre os problemas do judiciário não foge ao contexto do trabalho, pois, o acolhimento pelo nosso ordenamento de medidas tendentes à apreciação de decisões judiciais pretéritas arrebatam na necessidade de se avaliar a sistemática dos precedentes à luz do acesso a uma ordem jurídica justa, à luz do que dispõe o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal vigente.

Conforme se tem aqui sustentado a análise do direito com base no sistema de precedente não é algo natural de nosso sistema de direito, pois, nossa cultura nos impulsiona para a solução estabelecida pela lei, contudo, a lei nem sempre será o objeto único de análise para a solução do problema, a lei pode ser lacunosa em determinada questão, pode ainda, apresentar mais de uma interpretação, caso em que todas elas poderão ser alegadas pelos interessados, cabendo ao judiciário, no momento de proferir decisão a missão de reduzir a interpretação legal a apenas uma, sempre levando em consideração o caso concreto onde ela será aplicada. Neste sentido, quando o judiciário realizar um trabalho interpretativo conferindo um sentido a uma lei que apresenta mais de uma de interpretação, a fundamentação, repita-se, a fundamentação da decisão em questão pode ser considerada pelos operadores do direito no futuro, quando uma situação semelhante advir e exigir para a sua solução o mesmo princípio extraído da análise do caso precedente. Mas ao contrário disso preferiu-se conceder força a verbetes e ementas, sempre muito sucintos, desprestigiando a decisão integral, bem como, as razões de decidir que levaram ao acolhimento de uma tese e ao desacolhimento de outra.

Tome-se como exemplo a sistemática criada para os assim denominados recursos repetitivos, tanto extraordinário, quanto especial (arts. 543-B e 543-C, CPC/73), segundo o que o legislador estabeleceu em havendo multiplicidade de recursos baseados em idêntica controvérsia o Tribunal de origem admitirá um ou mais recursos e enviará para o STJ ou STF para julgamento, estes que subirão se tonarão casos paradigmáticos que servirão de base para o deslinde dos demais. Ora, por que não se deixa que os recursos subam normalmente conforme forem sendo interpostos e quando chegarem às Cortes Superiores à medida que forem sendo decididos estabelece-se um caso paradigma e com base nesse caso resolvem-se os demais processos, os que estiverem já na instância extraordinária seriam resolvidos ali mesmo, ao passo que aqueles que ainda estiverem em trâmite nas instâncias ordinárias passariam a ser decididos pelos juízes e Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais já com base no julgamento paradigma realizado anteriormente.

Veja ainda que ao final da decisão dos recursos escolhidos (aleatoriamente, diga-se de passagem) para serem submetidos às Cortes Superiores os demais recursos simplesmente serão exterminados, sem maiores reflexões, forma que não se coaduna com a sistemática de precedentes extraída do direito do *common law*, e que de alguma forma tenta-se implantar aqui.

Diante dessa previsão dos arts. 543-B e 543-C do CPC nota-se que a legislação visou imediatamente barrar que novos processos chegassem ao STF e ao STJ e tão somente mediamente vislumbrou um desfecho justo para os conflitos materializados em todos esses processos.

É neste sentido que se critica o sistema adotado pela lei brasileira, pois a preocupação é e sempre foi desde a sua origem com o desafogo dos Tribunais e não prioritariamente com o valor justiça a estar presente na decisão. O momento é de resolver um problema, qual seja, o Judiciário está com muitos processos pendentes de julgamento e isto precisa ser resolvido a qualquer custo. Como? Através de políticas processuais que privilegiem a rápida solução do processo pendente, e não necessariamente a justa solução do conflito que aquele processo contém, desconsiderando por completo que naquelas páginas que compõem o processo (ou naqueles arquivos para os processuais mais modernos) estão em jogo vidas, anseios, histórias, preocupações, enfim estão em jogo muitas vezes a própria pessoa e sua personalidade que esperam a conclusão daquela lide muitas vezes tão importante para ela. Estão em jogo as projeções emanadas da pessoa que compõem sua especial e singular maneira de ser, mas isto no mais das vezes é desconsiderado com motivações superficiais e entrega da prestação jurisdicional em massa como se elaborar uma decisão fizesse parte de uma linha de montagem de uma fábrica. Espera-se não ver chegar o dia em que decisões serão proferidas por um software, que realizará um raciocínio lógico matemático de probabilidades e começará a proferir decisões sobre vidas e pessoas.

Está havendo simplificação demasiada das coisas, por óbvio que nada precisa ser tão complicado, mas beirar ao reducionismo também já é exagerado. Um pouco de bom senso e vontade precisam ser restaurados, não dá para resolver problemas apenas aumentando o número de leis, sem que à referida lei corresponda alguma política pública efetiva capaz de dar uma solução, ou um início de solução para os problemas concretos, aliás aqui reside a questão, lida-se com problemas concretos, ao passo que as soluções são dilatórias, tem efeitos simbólicos, que apenas postergam a solução do problema de forma definitiva para um futuro incerto, talvez para o próximo governante ou administrador.

O achacamento realizado nos procedimentos para que possam compensar de alguma forma a ausência de investimento estrutural por parte do Estado, já que isto demandaria um alto dispêndio aos cofres públicos, são cada vez mais frequentes, assim, a grande vedete passou a ser a entrega da prestação célere, justiça virou sinônimo de celeridade, enquanto outros valores que o processo também deveria albergar passaram a ser negligenciados. O valor justiça como uma apreciação bem refletida da causa virou ponto secundário.

Neste caminho tortuoso por onde passa o direito processual brasileiro a criação de empecilhos para que demandas fossem ajuizadas ou para que pudessem ter seu trâmite legal assegurado passaram a fazer parte constantemente da pauta de política processual, isso mesmo, direito processual cedeu lugar para uma política processual, a incumbência desta é assegurar que os Tribunais possam dar fim a um número imenso de processos que se arrastam por longos anos tropeçando na ineficiência e na falta de organização e planejamento adequados. Metas são criadas, processos de determinados anos devem ser julgado em tempo recorde, tudo para que a justiça volte a resplandecer no horizonte.

A preocupação, como se sente, é com o problema do judiciário, este é que deve ser resolvido de maneira rápida e célere e não o problema do jurisdicionado. Cada vez mais o processo tende a enxergar as pedras no caminho do judiciário e não as pedras no caminho para a realização da justiça.

6. O USO DOS PRECEDENTES

O precedente, portanto, tal qual a sua concepção original no sistema do *common law* é algo parecido com isso que se viu neste trabalho, obviamente muitos detalhes e informações importantes para a sua compreensão precisam ainda ser revelados, contudo, não é o objetivo aqui, pois, não se pretende traçar todas as linhas de desenvolvimento de tal sistema, e se assim o fosse a limitação de um artigo não permitiria. Mas uma breve noção sobre o assunto se deixou transparecer, o suficiente para compreender que o legislador brasileiro não caminha para a importação de um sistema de precedentes, talvez nele tenha se inspirado, contudo, acabou adaptando (até em demasia, quase que praticamente desconfigurando-o) o sistema para a realidade nacional, isto é, para as urgências que a nossa cultura do descaso público necessita, e essa urgência no mais das vezes não é aquela para se resolver, mas sim aquela para postergar, “empurrar com a barriga”, apenas dar uma satisfação (vazia) para a sociedade, deixando a solução real e efetiva empenhada para um futuro incerto.

Mas nesta quadra importa destacar que o direito brasileiro, calcado no sistema romano-germânico de culto à lei possui características diversas do sistema anglo-saxônico, aliás, tal afirmação não tem nada de novo, ao contrário, disso já se sabe há alguns séculos, mas tal lembrança se faz necessário neste tempo justamente porque é essa a diferença que no caso cumpre destacar, pois, se de um lado os casos no Judiciário são resolvidos com base na autoridade dos precedentes, de outro lado os casos no Judiciário são decididos com base na norma positivada. E quando, portanto, em nosso sistema a autoridade dos precedentes poderia fazer diferença, poderia servir como instrumento útil e até necessário para a promoção da justiça? Em muitos casos. Isso porque o sistema legal não tem completude, a ideia de que a lei é onipotente para resolução de todos os enredos surgidos no seio social é ilusória e há muito foi abandonada, por isso, seja em casos de lacunas da lei, seja em casos de múltiplo sentido do texto, há sempre a necessidade de interpretar para se chegar à compreensão mais justa para o caso concreto trazido a baila.

E é aqui nesse vácuo normativo, seja por ausência, seja por excesso de sentido que o Judiciário trabalha para construção de um sentido que a lei em si não revela claramente e quando na prática se consegue formular uma norma a ser aplicada a um caso dando interpretação a um direito é que surge a importância do precedente, pois, em situação fática jurídica similar poderá o interprete de um novo caso buscar no passado a *ratio decidendi* daquele e amoldando-se ao novo caso aplicá-lo para então estabelecer-se exatamente o que os precedentes visam buscar, segurança jurídica, coerência do sistema nas decisões proferidas e isonomia.

Toni M. Fine²⁶ assevera que um dos propósitos do *stare decisis* é o fato que o direito deverá ser interpretado e aplicado por uma instituição e não segundo o entendimento de um grupo de juízes, e aqui ele deixa transparecer a crítica de que é inconcebível que o mesmo direito seja aplicado de forma tão díspar quando é a mesma instituição que é sempre provocada a se manifestar sobre o mesmo tema. O elemento confiança é lembrado pelo escritor, confiança de que as relações no meio social poderão se desenvolver de uma certa forma porque esta é a interpretação que o Judiciário dará ao direito quando instado a se manifestar sobre ele em caso de dissenso entre as partes sobre seus direitos.

Mas a segurança e a confiança é passada com uma análise profunda do caso, com um trabalho de fundamentação bem realizado, neste sentido, mesmo quando houver precedentes

²⁶ FINE, *op. cit.*, p. 90-96.

antagônicos deve o interprete fazer uma análise honesta de ambos, deixando claro porque acolhe e porque rejeita o outro.²⁷

A utilização de decisões anteriores, invocando a autoridade da interpretação dada por esta sentença/acórdão ao direito seria uma forma mais adequada de se introduzir o sistema de precedente, lembrando, sempre buscando na íntegra da decisão, principalmente, a fundamentação realizada pelo magistrado que decidiu o caso passado, pois, é na fundamentação que se encontrará a *ratio decidendi* do julgado, o por que do caso ter sido decidido daquela forma.

No caso das súmulas, por exemplo, são editadas baseadas em casos já julgados pelo Tribunal, contudo, o que se faz é esquecer as decisões proferidas, e exaltando um verbete composto normalmente de poucas palavras, que a partir de sua edição relegará a decisão ou decisões na qual se baseou ao completo esquecimento, visto que, a maioria esmagadora do direito quando muito se lembrará tão somente do verbete e não do caso paradigmático de onde se originou.

É como se fosse um texto legal, articulado em poucas palavras e com um comando direcionado a alguém, só que esse alguém ainda é indefinido, na verdade são todos da sociedade que estão sujeitos ao comando que se extrai da leitura do texto.

Os dispositivos constantes de cada súmula poderiam estar muito bem em regulamentos, decretos, e até mesmo lei em sentido estrito, pois a forma como são redigidos em nada ficam devendo a um texto legal. Daí sua discrepância com o sistema de precedentes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, em primeiro lugar, há que se lembrar que nossa cultura jurídica deita raízes sob o tronco romano-germânico, ou seja, o prato principal de nosso sistema é e vai continuar sendo a lei, o fruto da atividade legislativa e é com base nessa produção que o direito vai caminhando a passos largos por essas terras. Não se está a prestar aqui homenagem ao positivismo, como doutrina pura, pois ele já revelou suas fraquezas e foram inaceitáveis. A lei hoje deve vir acompanhada de obediência à Constituição, pois, é esta

²⁷ RAMIRES, *op. cit.*, p. 111 “Ao se fundamentar uma decisão em precedentes – buscando estabelecer um padrão de coerência e integridade na prática do direito – quando há entendimentos diversos na jurisprudência, é preciso que ambas as tendências jurisprudenciais façam parte do horizonte da decisão. A solução do caso deverá vir da resolução dialética entre eles, no caso concreto. A invocação de um ou de outro julgado passado não irá resolver a contenda.”

o coração que pulsa e irradia sangue por todo o corpo do ordenamento jurídico, alimentando a isto que se chama Estado Democrático de Direito.

Não obstante a condição de aderentes a uma corrente que tem o texto escrito como a fonte principal de origem do direito, o sistema jurídico brasileiro há muito vem flertando com o sistema de precedentes, mostrando-se comum aos operadores do direito ficar citando ementas de jurisprudência de Tribunais ou reproduzindo a regra geral e abstrata contida em verbetes sumulados, tudo com a finalidade de mostrar ao seu julgador que outros julgadores já aderiram a esta ou aquela tese, então, por que não acolhê-la também em seu benefício. Destaque-se que mais recentemente percebe-se uma onda maior de inserção de tal técnica dentro do direito processual brasileiro.

Para essa nova onda não se pode negar que a fonte de inspiração é sem dúvida o sistema do *stare decisis*, contudo, também não se pode dizer que ao transpor tal técnica para a realidade brasileira, os promotores das reformas seguiram à risca a metodologia empregada nos países do *common law*.

O certo é que se forem utilizar a técnica de precedentes, uma adaptação ao sistema brasileiro é necessário, contudo, a adaptação pode ser realizada de outra forma que não esta vem sendo aplicada.

Assim que ao invés de transformar a forma como os precedentes são analisados (como ocorreu no Brasil), apenas se adapte por uma questão de coerência com o sistema, ou seja, sem que as decisões do judiciário se sobreponham à lei, mas sim que sejam utilizadas quando a decisão interpretar lei polissêmica, ou, integrar o ordenamento na ausência de dispositivo legal, ou ainda quando a decisão amoldar a regra legal às disposições constitucionais, fonte conformadora de todo o ordenamento.

Ao extrair, o julgador, uma regra, um princípio de julgamento, após uma precisa e detida apreciação do fato e do direito, tal razão para decidir poderá sim informar um julgador futuro quando o caso que lhe é submetido guarda com o caso precedente similitude em alguns aspectos, de forma que a mesma regra de julgamento também pode se amoldar ao caso que tem em mãos.

Neste sentido, ao invés de buscar em ementas e verbetes tão somente, o operador buscaria na fundamentação da decisão, extraindo o verdadeiro sentido do julgamento.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, nº 206, p. 61-78, 2012.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? São Paulo, *RBCCrim*, nº 78, p. 284-319, maio/jun. 2009.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 199, p. 140-155, set. 2011.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.