

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A SUA ADEQUADA DIVULGAÇÃO: EM BUSCA DA CORRETA COMPREENSÃO DA PUBLICIDADE DE JULGADOS NO CPC/2015

Dierle Nunes*
André Frederico de Sena Horta**

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo constitucionalizado, pressuposto da compreensão de qualquer atividade de aplicação de direitos, prima pelo respeito a três dimensões, quais sejam a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos, o diálogo genuíno entre os mesmos e, finalmente, o controle de suas atividades de modo a proporcionar uma *accountability* (*fiscalidade*).

Se excluirmos esta abordagem tridimensional, o “processo” não servirá de contraponto ao exercício de poderes, deveres e ônus pelos sujeitos processuais e poderá servir como fonte de legitimação indevida de escolhas subjetivas (e enviesadas) do decisor ou de atividades estratégicas (abusivas) das partes.

Dentro deste pressuposto, uma das garantias de fiscalidade do sistema processual, ao lado da fundamentação, seguramente é a de devida publicidade de toda atividade processual, com ênfase para a decisória.

Este aspecto ganha especial destaque quando se percebe que um dos principais pilares do CPC/2015 é exatamente o de se construir um modelo deliberativo de formação e aplicação de precedentes sem o qual não seria possível a construção e a aplicação de uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (art. 926).

* *Doutor em Direito Processual pela PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”; mestre em Direito Processual pela PUC Minas; professor permanente do PPGD da PUC-MG; professor adjunto na PUC Minas e na UFMG; secretário adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual; membro fundador do ABDPC; membro da International Association of Procedural Law; Instituto Panamericano de Derecho Procesal e Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO); diretor executivo do Instituto de Direito Processual – IDPro; diretor do Departamento de Direito Processual do IAMG; membro da Comissão de Juristas que assessorou no Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados; advogado.*

** *Mestrando em Direito na Faculdade de Direito da UFMG; advogado.*

DOCTRINA

Nesse desiderato, precisamos analisar nosso novo sistema dogmático em conformidade com as normas fundamentais processuais¹ constantes na Constituição da República e na nova lei, verificando o pano de fundo das reformas processuais que antecedeu o CPC/2015 e analisando os arts. 927, § 5º, e 979 do mesmo diploma legal de modo a de se discutir a necessidade de se garantir uma publicidade adaptável a esta nova realidade normativa que viabilize a aludida fiscalidade, além da transparência, essencial ao respeito da integridade do trato do Direito jurisprudencial.

De imediato, precisamos perceber que tanto nos países tradicionalmente filiados aos sistemas de *common law* como nos de direito europeu-continental (*civil law*), o papel dos tribunais na formação do Direito jamais foi completamente desconsiderado:

“Não há sistema jurídico que possa desconsiderar por completo os precedentes judiciais na aplicação do Direito, qualquer que seja o momento histórico, sob pena de o Direito positivo entrar em contradição com a própria ideia de sistema, a qual pressupõe a aplicação do Direito como algo racional e coerente. Qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito. Portanto, a evolução do *common law* inglês e do *ius commune* continental para uma teoria moderna de precedente judicial pode ser vista como uma certa consequência natural da evolução desses ordenamentos jurídicos, pois um Direito não codificado e dotado de uma pretensão de racionalidade não pode prescindir de mecanismos de racionalização e desenvolvimento coordenado coerente do Direito.”²

No entanto, vivenciamos uma tendência de “crença” que estes precedentes brasileiros (art. 927) poderiam cumprir um papel de fechamento argumentativo para os problemas trazidos nos processos, notadamente os idênticos, de modo a resolvê-los todos de forma quase mecânica, promovendo uma igualdade forçada e o “esvaziamento de escaninhos”, dentro de uma pauta eminentemente utilitarista.

1 Tratadas de modo extenuante em obra de fôlego: THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

2 BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 82.

De outro lado, há de se perceber que uma decisão não se torna um verdadeiro precedente somente porque a lei atribuiu à mesma esta alcunha (art. 927) ou porque a mesma é fruto de um determinado procedimento (*vide* arts. 947, 976 *et seq* e 1.036 *et seq*), pois a metodologia legislada deve ser somada ao conteúdo decisório que atendeu ao perfil deliberativo que permita extrair da decisão um pressuposto decisório convincente para os casos futuros, inclusive com extração de fundamentos determinantes na parte majoritária, sob pena de reduzirmos o que o CPC/2015 criou a um modelo metodológico de criação de padrões decisórios que devam ser mecanicamente reproduzidos nos casos repetitivos.

Para que os precedentes facilitem o uso dos aplicadores, não podemos reduzi-los a específicas metodologias, pois já se vivenciou no passado, a exemplo do período nazista, modelos de legitimação pelo procedimento. Aqui e agora, exige-se legitimação pelo devido processo constitucional em seus aspectos formal e material.

Por isso, devemos levar em consideração a advertência de Taruffo ao salientar:

“A maior utilização dos precedentes em qualquer sistema e o papel essencial que eles atingiram na prática judicial de todos os países são importantes fatores de mudança. Isto não quer dizer que as Cortes tenham um poder ilimitados de criar o direito. É preciso compreender que, mesmo nos sistemas de *civil law*, atualmente, a interpretação dos códigos e dos estatutos é grandemente baseada nos precedentes que já interpretaram esses códigos e estatutos. Os precedentes se tornaram uma forma inevitável de ‘concretização’ de regras e princípios. Muitas situações relevantes são ‘legalizadas’ ou ‘jurisdificadas’ pelas Cortes de acordo com os precedentes, e muitas questões jurídicas são decididas com base neles. A ideia de um verdadeiro conflito entre os precedentes e a lei perdeu completamente o sentido mesmo em sistemas de *civil law*. Ao contrário, precedentes são um constante e onipresente fator de interpretação judicial da lei.”³

3 Tradução livre de: “[t]he general growth in the use of precedents in every system and the essential role that precedents achieve in the judicial practice of all countries are important factors of change. This is not to say that courts have an unlimited power to create law. Rather, it should be acknowledged that, even in civil law systems, the interpretation of codes and statutes is now based largely upon precedents already interpreting these codes and statutes. Precedents have become unavoidable means for the ‘concretization’ of legal rules and principles. Many relevant situations are ‘legalized’ or ‘jurified’ by courts according to precedents, and many legal issues are decided on the basis of precedents. The idea of a true conflict between precedents as such and law as such has lost any actual meaning even in civil law systems. On the contrary, precedents are a constant and omnipresent factor in the judicial interpretation of law” (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997. p. 459).

Além disso, se o Estado Democrático de Direito impõe uma construção argumentativa das decisões judiciais e dadas as crises da legalidade e da noção de soberania no Estado Constitucional, com a inauguração de uma comunidade não apenas de regras como também de princípios, a diferença que marcou, especialmente do século XIX em diante, o comportamento do juiz em cada um dos sistemas – no *common law*, as regras eram buscadas no precedente; e no direito europeu-continental, na lei – é substancialmente reduzida, porque a aplicação de princípios, que exige a sua concretização e densificação à luz do caso concreto, demanda um processo rigorosamente idêntico em ambas as tradições⁴.

Desse modo, reunimos os três fatores que, a nosso ver, constituem as razões da aproximação entre as tradições⁵ (sem completa equiparação) entre os sistemas jurídicos:

(I) os precedentes, nos países de *civil law*, desempenham importante função na formação de novas decisões e desenvolvimento do direito (atribuição de racionalidade e coerência);

(II) há uma tendente valorização das leis nos países de *common law*, ainda que elas se embasem em entendimentos extraídos do *case law*; e

(III) no marco do constitucionalismo contemporâneo, a importância cada vez maior de concretizar os princípios e interpretar as regras de acordo com eles.

No Brasil, apesar de se anunciar uma convergência de sistemas – por razões nem sempre corretas –, verifica-se, com frequência, uma deturpação da utilização dos precedentes, pois se ignora, por exemplo, o método de sua elaboração (especialmente antes no Novo CPC) ou a sua finalidade, isto é, o precedente como meio de racionalização do sistema e exigência do princípio da segurança jurídica.

Apenas para ilustrar, são flagrantes as desonerações, por partes dos juízes e tribunais, quando da utilização de verbetes sumulares, pois isto se dá de forma absolutamente dissociada do contexto fático e jurídico que lhes é subjacente (algo agora normativamente dimensionado no § 2º do art. 926). Não se pode,

4 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 116.

5 De acordo com MacCormick e Summers, “nenhuma ordem jurídica contemporânea é concebível se não se utilizar dos dois métodos”. Tradução livre de: “No contemporary legal order is conceivable that does not make large use of both”. Por outro lado, os mesmos autores aduzem que, apesar disso, existem efetivas diferenças entre os sistemas jurídicos, dentre elas o modo como o precedente é percebido e utilizado à luz do Direito de cada país (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 5, 12).

por exemplo, equiparar as súmulas dos tribunais superiores ao precedente; a diferença entre ambos pode ser resumida na seguinte frase, da lavra de Lenio Luiz Streck e de Georges Abboud: “o precedente não cabe na súmula”⁶.

Em tom de crítica, os mencionados autores apontam que, no Brasil,

“é prática recorrente – afinal não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de ‘pautas gerais’.”

Como pondera Leonard Ziesemer Schmitz⁷, “o reflexo mais pernicioso da propagação da cultura de ementas é a formação de um ciclo vicioso: se os tribunais superiores ditam os rumos do Direito, desde as Universidades até a vida prática do jurista será pautada em reproduzir o que aquelas Cortes têm como ‘interpretação correta’ de determinada questão jurídica. O espaço argumentativo para novas possibilidades hermenêuticas é praticamente nulo”.

O que sobressai no discurso brasileiro – perceptível na interpretação que alguns ofertam às reformas de valorização das decisões judiciais – é a crença no poder do texto (ressurgimento de uma Escola da Exegese), a utilização da jurisprudência e dos precedentes como forma de redução quantitativa de litígios e de sumarização da cognição, e a aplicação mecânica de paradigmas decisórios, bastando uma verificação *superficial* de semelhanças entre o caso concreto e determinado paradigma – o que não se verifica na Inglaterra e nos Estados Unidos⁸.

Há, pois, muito que se aprender com os precedentes⁹, principalmente sobre sua produção e funcionalidade, a fim de evitar que sejam utilizados de modo superficial em nosso Direito. A mera criação de técnicas que colocam

6 STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

7 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2016. v. 3.

8 SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012. p. 114.

9 Isto porque, “diferentemente do *civil law*, o *common law* deixou-nos como legado um rico conjunto de ferramentas metodológicas para interpretar e aplicar precedentes judiciais” (BUSTAMANTE, Thomas. *Op. cit.*, p. 252).

os precedentes e as decisões judiciais em destaque não nos livra desse risco, pelo contrário, pois o coloca em maior evidência, principalmente quando nos atentamos para a prática de nossos tribunais: uma aplicação mecânica e rasa de decisões, sem uma análise apropriada das circunstâncias fáticas e, mais importante, de uma argumentação democraticamente adequada.

BREVE PANORAMA DO MODELO REFORMISTA PRÉ-NOVO CPC

Antes de continuarmos, precisamos perceber o contexto implementado a partir da década de 1990 com o desenvolvimento de um neoliberalismo processual, uma maior preocupação com a diversidade das litigiosidades e a dispersão crônica de entendimentos jurisprudenciais.

Uma tendência do Estado brasileiro, que teve início na década de 1990, decorreu de um conjunto de medidas propostas por instituições financeiras, como o FMI e o Banco Mundial, na tentativa de implementação de um ajustamento macroeconômico de países em desenvolvimento, especialmente na América Latina, após a década de 1980, lembrada como a “década perdida”. Difundiu-se no Brasil um discurso neoliberal de livre-mercado e de privatização que repercutiu na ciência processual e na estruturação do modelo processual, que se distancia do modelo constitucional, ao se afastar de uma “justiça de qualidade” e agasalhar uma “justiça em números”.

Ao invés de termos promovido um planejamento organizacional e gerencial do Judiciário que permitisse a absorção das novas demandas quando percebemos o aumento exponencial de ingresso de ações plúrimas fruto da cláusula de acesso à justiça, preferimos fazer (supostas) “reformas do judiciário” cosméticas tão somente de índole legislativa que não se adaptaram aos novos desafios postos.

E essa infeliz escolha sistêmica precisa ser problematizada quando percebemos o fortalecimento dos fundamentos típicos de outras tradições.

Ugo Mattei e Laura Nader, em obra de referência, vêm advertindo que a hegemonia jurídica norte-americana vem promovendo há um bom tempo um sofisticado modelo de transferência de normas jurídicas e instituições formais¹⁰ que busca o convencimento ideológico de sua natureza superior de ordem e de civilização em comparação com os demais sistemas jurídicos (subordinados)¹¹.

10 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 141.

11 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 142.

Mattei e Nader demonstram que tal desiderato, de exportação americana de institutos e de sua racionalidade (em grande medida ligada a uma concepção econômica de direito), é alcançado mediante a sofisticada indução de seus pressupostos, especialmente os neoliberais, em setores das elites de outros países¹², de modo a fornecer institucionalidade ao seu poder hegemônico¹³ e a naturalizar no discurso dessas elites profissionais (geradoras de consenso) legitimidade ao poder empresarial que fazem o Direito renunciar “de modo natural” seu papel de refrear o comportamento oportunista dos agentes de mercado¹⁴.

Nesses termos, o argumento de adoção irrefletida de parcela do ideário jurídico anglo-americano jamais deve encampar um suposto discurso de que seríamos vira-latas perto da comunidade jurídica estrangeira.

Temos, no Brasil, características muito próprias e uma litigiosidade com números mais que expressivos, mas isto não nos torna envolvidos em relação a qualquer outra tradição por vícios de origem: só nos traz a necessidade de levar a sério nossa situação.

No entanto, como explicado em outro momento, encampamos desde a década de 1990 os pressupostos do neoliberalismo processual¹⁵ e fomos paulatinamente introduzindo um peculiar reforço do papel da jurisdição, especialmente dos órgãos de cúpula, que não ofereceria riscos aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla, a exemplo da legitimação jurisdicional das absurdas taxas de juros praticadas no Brasil pelas instituições financeiras, de modo que o modelo neoliberal de processo deveria assegurar: (a) uniformidade decisional, para permitir alta produtividade decisória em perspectiva de

12 “(...) Outras vezes é mais descentralizada, como no caso do pensador muito admirado que, sozinho, realiza todo um circuito de conferências a convite dos departamentos das universidades locais. A postura acrítica destas pessoas em relação a seu próprio sistema jurídico e político pode funcionar, por si só, como uma poderosa justificativa ideológica do estado de subordinação, uma vez que fornece, em última instância, os modelos conservadores das elites locais.” (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem*: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 143).

13 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 142.

14 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 256.

15 “Poder-se-ia argumentar que seria contraditório intitular esse movimento processual no Brasil de neoliberal, uma vez que ele se embasa no aumento do papel judicial – ou seja, do Estado no processo. No entanto, ocorre que a) não se busca (e nem mesmo se assegura) uma infraestrutura institucional para o exercício socializador da prática decisória, mas somente a produtividade; b) se esvazia o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, relegando sua estrutura problematizante a segundo plano; c) se busca uma aplicação massificante e em larga escala de provimentos; d) se busca a máxima sumarização da cognição e e) o papel do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado. Isso significa dizer que o aumento do papel judicial não busca nenhum objetivo socializante. Desse modo, a denominação *neoliberalismo processual* é a que reflete a ressonância do modelo estatal no campo processual.” (NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166)

eficiência quantitativa; e (b) a sumarização da cognição, esvaziando o papel do contraditório¹⁶.

Como assinala Barroso, vivemos em tempos que, na política, o espaço privado é ampliado e o Estado é desregulamento; no comportamento, consolida-se o gosto pelo superficial, pelo dinâmico; e, no campo do Direito, impera o “pragmatismo interpretativo, antes ideológico que científico, que se nutre da paranoia do horror econômico e da hegemonia do pensamento único”, sendo que, “nessa variante, princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica (...) são tratados como estorvos reacionários”, concluindo, com pesar, que “os tempos não parecem estar para miudezas como pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas”¹⁷.

Partindo desse contexto, várias reformas processuais antes do CPC/2015 foram empreendidas a fim de equacionar técnicas que visassem à uniformidade decisional e à sumarização da cognição, muito embora se afirme que elas se alinham aos princípios processuais constitucionais, sendo que a inclusão do princípio da razoável duração do processo, por meio da Emenda Constitucional nº 45, facilitou esse discurso¹⁸.

A questão torna-se ainda mais preocupante em razão da crise institucional que atravessa os Poderes estatais: “vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda”, “um Executivo que não promove as políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais” e “temos acompanhado que a cada novo governo a CRFB passa por uma série de emendas para permitir a ‘governabilidade’, quando ela que deveria ditar os fundamentos das políticas públicas”¹⁹.

O Poder Judiciário não escapou a essa crise, pois ele foi chamado a compensar os déficits dos demais Poderes, principalmente em razão dos movimentos pelo acesso à Justiça e de um discurso de ativismo judicial – que ganhou força

16 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Juruá: Curitiba, 2009. p. 159.

17 BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica da era da velocidade e do pragmatismo. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br>>.

18 NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático, op. cit.*, p. 163.

19 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, ano 35, n. 189, São Paulo, RT, nov. 2010, p. 14-15. Partindo dos estudos empreendidos por Marilena Chaui, os autores explicam que a crise tem diversos fatores: o encolhimento do espaço público, com o alargamento do privado (neoliberalismo), a destruição da esfera da opinião pública, o *marketing* político, que oferece soluções prontas e inescapáveis ao cidadão consumidor, dentre outros, como o atraso na implementação (que ainda se arrasta) de uma cultura democrática.

após a Segunda Guerra Mundial –, pelo qual o magistrado funcionaria como “garantidor das promessas e de engenheiro social”²⁰.

O fenômeno, que pode ser denominado *judicialização da política*, no qual a função do processo é potencializada como meio de asseguramento dos direitos fundamentais, reforçando a necessidade de estruturação de um modelo constitucional de processo, conduz a abertura para a chamada litigância de interesse público, fenômeno equacionado no estrangeiro desde as décadas de 1960 e 1970, mas que, entre nós, somente obteve solo fértil após a constitucionalização plena de 1988 e a judicialização de questões complexas envolvendo direitos lastreados em normas de conteúdo trabalhista, econômico, previdenciário, etc.

Um fenômeno, criado pela profusão de leis e da condição bastante similar que milhares de cidadãos ostentam em face de determinadas instituições, que não pode ser ignorado é o da litigância repetitiva ou de alta intensidade, gerada pela propositura de ações que refletem pretensões isomórficas, as quais, embora tenham especificidades, são representadas por questões jurídicas e/ou fáticas comuns, agravando o quadro de abarrotamento do Judiciário²¹.

No contexto do neoliberalismo, essa cadeia de eventos cria o espaço ideal para o surgimento de reformas processuais que visam à padronização decisória em prol da celeridade processual, da sumarização da cognição e do reforço da jurisdição.

Em resumo, dados os fatores apresentados (surgimento de litigâncias repetitivas e de interesse público e uma tendente valorização da eficiência quantitativa), instaurou-se “uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais”, ainda que isso “ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos ‘resolvidos’”²².

Verifica-se, portanto, a relevância cada vez maior conferida às decisões judiciais, ao próprio Judiciário e a seus tribunais superiores, em razão da função que desempenha em dimensionar a litigância de interesse público (além da tradicional) e do constante desrespeito aos direitos fundamentais gerado pela crise institucional do Legislativo e do Executivo, e por ele próprio, Legislativo, quando privilegia uma eficiência decisional quantitativa e é conivente com uma jurisprudência, que, se não padronizada, é inconstante, prejudicando a

20 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 18.

21 NUNES, Dierle *et al.* *Curso de direito processual civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 40.

22 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 21-23.

estabilidade do ordenamento e a previsibilidade do jurisdicionado com relação à tutela que receberá.

Há um desrespeito crônico à jurisprudência, que, muitas vezes, sequer chega a se consolidar porque cada tribunal e cada órgão fracionário que o compõe insistem em decidir da forma como bem entendem, sem a preocupação com os efeitos nocivos que geram para a sociedade e com o próprio descrédito que fazem cair sobre o Poder Judiciário.

Wambier, citando Albert Kocourek ao escrever há quase 100 anos sobre os males da dispersão de entendimentos jurisprudenciais, arrola os seguintes perigos da existência reiterada de decisões conflitantes, perigos esses que continuam atuais: negócios comerciais frequentemente não são concluídos até as partes terem certeza de qual é o local onde os riscos serão menores, *a litigiosidade é estimulada nos casos duvidosos*, a incerteza jurídica compromete a força moral do direito, a administração da justiça carecerá de uniformidade nos casos de incerteza²³.

Em boa medida, a dispersão jurisprudencial ocorre em razão da profusão de demandas ajuizadas diariamente em todo o território nacional e do fato de que, em regra, cada magistrado quer partir do marco zero interpretativo na aplicação do Direito. Sobre esta realidade, Lenio Streck²⁴ critica que, no Direito, ainda hoje se acredita no que ele denomina interpretação *cronofóbica e a-histórica*.

Entretanto, prossegue o autor, a interpretação integra a condição humana, pois fosse a nossa memória perfeita não seria necessária a escrita, com a qual registramos os fatos e transmitimos as ideias. Assim, “um livro fala de outros livros”, não havendo primeira nem última palavra sobre as estórias, as quais não pertencem a ninguém e podem ser utilizadas à vontade, desde que com o respeito à sua “história institucional” (a justificação que melhor retrate uma comunidade), e não a partir de um “grau zero”, no qual impera uma arbitrariedade interpretativa.

Este aspecto torna imperativa a preocupação com a publicidade dos julgados e dos precedentes (art. 979 – como comentaremos mais à frente).

Aliás, o valor do precedente decorre da ausência de “grau zero” interpretativo. Ou seja, a resposta a determinado caso não constitui a primeira palavra sobre o tema, pois, quando o intérprete se vê diante da atividade hermenêutica,

23 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 33.

24 STRECK, Lenio Luiz. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Artigo publicado em junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>>.

“ele não pode atribuir sentidos aleatoriamente, como se nada estivesse a guiá-lo, como se a história se iniciasse e terminasse com suas palavras”²⁵.

Não é o fato de existirem súmulas e decisões vinculantes, repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos que os problemas, dentre eles o da (in)segurança jurídica, serão resolvidos. Isto porque todas as técnicas de padronização e de encerramento de alguns poucos julgados em súmulas nada mais representam do que um ressurgimento da Escola da Exegese, agora com nova roupagem: não são mais os códigos que seriam capazes de conferir certeza ao Direito, mas, sim, a jurisprudência padronizada e sumulada.

Partindo dessa visão (que não reputamos correta) em voto proferido no julgamento do Recurso Especial 14.945-0/MG, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira assim se manifestou:

“Não se justifica que os órgãos julgadores se mantenham renitentes à jurisprudência sumulada, cujo escopo, dentro do sistema jurídico, é alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta.”²⁶

Em contrapartida, confira-se o seguinte excerto²⁷, que sintetiza com precisão a crítica à visão exegética da jurisprudência:

25 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

26 BRASIL, STJ, REsp 14.945-0/MG, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJU 13.04.92.

27 THEODORO Jr. *et al.* Breves considerações, *op. cit.*, p. 38. Confira-se, também: “Uma vez constatado o fato de que a lei não possui um sentido único, verdadeiro, mas que, ao invés, diferentes juristas e juízes externam múltiplas interpretações à mesma lei, são criados/reforçados mecanismos que visam gerar uniformidade de interpretação. A existência de tribunais superiores (tanto os de cassação, quanto os de revisão) é um meio através do qual a divergência jurisprudencial, tanto no tempo (para prevenir futuras divergências) quanto, principalmente, no espaço (para acabar com divergências atuais) tenta ser equacionada (...). A partir disso foram criadas as ‘súmulas’, como o objetivo de facilitar o trabalho dos juízes (já que estes saberiam qual o entendimento oficial do tribunal a que estão vinculados) e prevenir recursos inúteis das partes. Com as súmulas, os ‘problemas’ da norma, isto é, a variedade de interpretações estaria resolvida. A súmula surge como um texto que deveria ser enxuto e claro a fim de se evitar interpretações diversas (...). Ocorre que a súmula é um texto e, como tal, sujeito às mesmas imperfeições das normas. Assim é que (tomando-se os instrumentos de Kelsen agora quanto às Súmulas), percebeu-se que a doutrina (e também os juízes) conferiam diferentes interpretações, de forma que, não raro, viam-se os tribunais (os mesmos que editaram o texto) às voltas com divergências e discussões internas sobre o real sentido daquelas. Mais recentemente, no Brasil, foram criadas as Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou à Constituição o art. 103-A: assim, quando o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula com efeito vinculante, todos os demais órgãos jurisdicionais (exceto, pois, o próprio STF) e administrativos terão que aplicá-la, sob pena de reclamação e imposição do entendimento sumulado (Art. 103-A, § 3, da CR/88 e Lei n. 11.417/06). Por tudo o que vimos, terá a súmula vinculante melhor sorte que a lei ou as súmulas comuns? Parece-nos que não. A tentativa de ‘vinculação’ parece debitária da crença oitocentista de proibir o juiz de interpretar a lei (e, havendo dúvidas, recorrer ao legislador). Como vimos, tal suposto se mostrou errôneo, tanto pela profusão

“Não há lei, princípio, súmula ou jurisprudência que possam prever todas suas situações de aplicação, toda norma (ou similar) é pensada para um certo número de situações, porém a realidade é muito mais rica/diversa e colocará novas situações que desafiam o aplicador, inclusive porque causarão conflito entre aquelas normas: são os dados do caso concreto que, ‘complementando’ as normas, darão subsídios à decisão.”

De outra perspectiva, é interessante a percepção de um fenômeno: o relatório do Projeto *Firenze*²⁸, que previu mecanismos de acesso à justiça e influenciaram sobremaneira as reformas no final do século XX, realmente trouxeram acesso, mas, com o aumento exponencial das demandas, a preocupação passou a girar em torno da celeridade.

Passou-se, então, a uma nova fase, caracterizada pela criação de técnicas de redução do acesso, não no sentido de impedir o cidadão de bater às portas do Judiciário, mas por meio da sumarização da cognição e da padronização decisória, técnicas estas que, sem passar pelo filtro do processo constitucionalizado e de suas normas fundamentais²⁹, ignoram as bases constitucionais sobre as quais a ciência processual deve ser construída, muitas vezes sem a implementação do debate democrático esperado e do necessário período de amadurecimento dos argumentos em todos os sentidos possíveis, porque a única eficiência que se busca é a quantitativa³⁰⁻³¹.

de métodos de interpretação quanto pelo legado da teoria kelseniana (isso para não falar da hermenêutica gadameriana e outras escolas de interpretação). A súmula, mesmo vinculante, é um texto e, como tal, estará, como sempre, sujeita a diferentes interpretações. Mesmo com a reclamação, o interessado poderá demonstrar ou que seu caso não se encaixa na hipótese da súmula ou que os supostos fáticos em que esta se fundou foram alterados ou ainda que a ‘atual’ interpretação da norma, base da súmula, está alterada” (BAHIA, Alexandre. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações, *op. cit.*).

28 Cf. NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático, *op. cit.*

29 THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, *op. cit.*

30 “Segundo Taruffo, há dois tipos de ‘eficiência’ no sistema processual: uma primeira perspectiva de eficiência ‘quantitativa’ se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução de conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaríamos, democráticas para aplicação do Direito.” (NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Fórum: Belo Horizonte, 2011. p. 64)

31 Apenas para ilustrar, segundo Pedro Villeroy, no artigo “análise da sistemática dos recursos especiais repetitivos, com o advento da Lei n. 11.672/08”, publicado, em 2014, na Revista Eletrônica de Processos Coletivos, “a adoção deste remédio recursal [a introdução da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos] ocorreu com intuito de agilizar e tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, bem como amenizar o excesso de demanda”. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net>>.

E há verdadeira ausência de preocupação com o cenário de imposição de escalas industriais e de entrega de “prestação jurisdicional” (como se a Justiça fosse um serviço qualquer, e o jurisdicionado, consumidor). Como já se pontuou, “não se preocupa com uma participação cidadã, mas, sim, com uma justiça de números”, e se de um lado “alterações legislativas no campo do Direito processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela”, de outro “isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos”³².

É essa negligência que se verifica no cenário brasileiro, pois há uma tendência em se promover uma padronização decisória prematura, com o esvaziamento do contraditório – julgam-se teses, e não casos³³ –, na tentativa de resolver o problema do congestionamento e da litigância massiva:

“A profusão de demandas (litigiosidade em massa e repetitiva) exige a criação de dogmática específica para seu dimensionamento, e, nestes termos, vem se defendendo no Brasil uma padronização decisória preventiva com aplicação muito peculiar da jurisprudência como fonte imediata de aplicação do direito em nosso país.”³⁴

E já que levamos adiante a ideia da padronização decisória mediante a adoção de um modelo deliberativo de formação de precedentes, tanto na Lei nº 13.015/2014 quanto no Novo CPC, que ela seja implementada, pelo menos, de acordo com os princípios constitucionais, seguindo um procedimento específico: o esgotamento prévio da temática antes da utilização de determinado julgado como padrão decisório, a integridade da reconstrução histórica institucional de aplicação da tese ou do instituto, estabilidade horizontal, no tribunal, na aplicação de suas próprias decisões e a aplicação discursiva do padrão, com a criação de mecanismos capazes de revelar se o caso ao qual se pretende aplicá-lo realmente é, em essência, idêntico, e não apenas semelhante³⁵.

32 NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição Especial, 2008, p. 22.

33 NUNES, Dierle. Teoria do processo contemporâneo, *op. cit.*, p. 16.

34 NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 262.

35 NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: *Direito jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 263-267. No mesmo sentido: “Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial, em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros” (CUNHA, Leonardo José Carneiro apud SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 176).

DOCTRINA

Assim, devemos perceber que, de modo absolutamente inovador, o CPC/2015 busca dimensionar um microsistema de dimensionamento da litigiosidade repetitiva e de formação de precedentes na construção de um verdadeiro direito jurisprudencial embasado normativamente em deveres cooperativos de estabilidade, coerência e integridade (art. 926).

A previsão normativa busca corrigir infundáveis equívocos de nosso trato das decisões dos tribunais, a começar pela completa ausência de estabilidade de entendimentos e do constante desprezo ao modo como um tribunal já vinha decidindo.

Torna-se necessário que suplantemos o velho modelo revogado no qual velocidade dos julgamentos se impunha na forma dos arts. 543-B ou 543-C do CPC/73, quando, “às vezes, em poucos minutos e com pouquíssimo debate, questões de extrema relevância para a sociedade [eram] pacificadas”³⁶, atropelando-se a correta construção de precedentes, sendo que deveria ser o oposto, ou seja, com o incremento da comparticipação processual (arts. 10, 933, 1.036 e seguintes), dada a abrangência dos efeitos da decisão que resultará daquele julgamento em todo o território nacional.

Nesse sentido, o Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial 911.802/RS, lamentando a afetação de um recurso especial oriundo de uma ação individual proposta por uma única consumidora, triplamente hipossuficiente, quando havia recursos interpostos no bojo de ações coletivas com potencialidade de oferecer um quadro muito mais panorâmico sobre o tema posto em julgamento, e a ausência de participação dos “litigantes-sombra”, assim se manifestou:

“Aqui, contudo, afloram as peculiaridades que desaconselhariam tal ‘afetação’, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controversas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste voto – não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira

36 SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 184.

direta, mais de 30 milhões de assinantes. Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.³⁷

Por tais razões, a sensação que ficava era que ou as decisões padrão nasciam ultrapassadas, ou que existiriam argumentos, antes não analisados ou devidamente ponderados (dada a prematuridade do “julgamento” da tese), que recomendariam a sua revisão – porém, infelizmente, uma vez estabelecida a tese³⁸, fechava-se o debate, e não havia tribunal no Brasil que estivesse disposto a rejulgar tão cedo a matéria.

Estabelecidas as teses – já carecedoras de legitimidade democrática – no momento de sua aplicação, a situação não melhorava, pois não se oferecia espaço (ou, acaso existente, era reduzido) para o jurisdicionado discutir a aplicabilidade dos padrões ao seu caso tendo em vista eventuais particularidades que o tornariam diferente, exigindo o domínio de técnicas apropriadas (pouco desenvolvidas pelos tribunais pátrios), a fim de se averiguar em que medida essas eventuais particularidades afastariam, ou não, a aplicação de determinada decisão ao caso concreto, pois se concentrava apenas na tese que o tornava superficialmente idêntico ao caso que deu lhe origem.

Precisamos, como o novo CPC e suas normas fundamentais, suplantar esse estado da arte decisória.

Na realidade brasileira, na qual o direito jurisprudencial ganha cada vez maior relevância, torna-se imperativo uso das novas técnicas de *distinguishing* (arts. 489, § 1º, e 1.037, §§ 9º e seg.) capazes de permitir uma discussão mais efetiva e democrática dos casos.

Essa questão ganha destaque com a utilização das técnicas de julgamento por amostragem, especialmente quando os tribunais superiores são provocados a

37 BRASIL, STJ, 1ª Seção, REsp 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j. 24.01.07, DJe 01.09.08, trechos do inteiro teor do voto do Min. Herman Benjamin.

38 Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle; BUSTAMANTE, Thomas; MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *Admissão de recursos: novo CPC exige reforma de norma do STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-16/recurso-extraordinario-previsto-cpc-exige-reforma-norma-stf#_ftnref5_9662>.

se manifestar sobre a adequação das decisões que determinam o sobrestamento dos casos “idênticos” ou a aplicação de determinado paradigma.

Não podemos coadunar com o panorama anterior ao CPC/2015, no qual se adotava “o posicionamento absolutamente restritivo que os Tribunais [vinham] adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados”³⁹, especialmente quando esses paradigmas não eram fruto do respeito à consistência material do julgado, mas buscavam, tão somente, um engessamento do Direito e a supressão de discussões sobre teses jurídicas já decididas, a despeito da existência de razões peculiares que recomendariam as *departures* (rupturas) – o *distinguishing* e o *overruling* –, o que era agravado em razão da dificuldade de promoção da formação de padrões decisórios realmente panorâmicos, quando não se levavam em consideração todos os argumentos relevantes como o CPC/2015 impõe (arts. 10 e 489, § 1º, IV).

Deve-se perceber que cada caso específico que é colocado sob apreciação do Judiciário não é nem o primeiro, nem o último, o que induz ao questionamento sobre a adequação de se tentar resolver todos os casos com a mesma regra, trabalhando por atacado ou amostragem⁴⁰.

Nesta intelecção de ideias, Carvalho Netto e Scotti sustentam que:

“É a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas e irrepetíveis dos casos concretos, com vistas à promoção simultânea das pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*), que também permite que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes. Cada decisão que assim se apresentar configurará, outra vez, como norma geral e abstrata, estruturalmente indeterminada, introdutora de maior complexidade social, vez que na qualidade de orientação voltada ao futuro também incentivará, por seu turno, pretensões abusivas em relação a ela, as quais só poderão ser desmascaradas mediante o exame reconstrutivo e criterioso da unicidade irrepetível de cada caso concreto que venha a se apresentar.”⁴¹

39 NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Daniel Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013, p. 21.

40 RAMIRES, Maurício. *Op. cit.*, p. 111.

41 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 15.

DOCTRINA

A respeito da presença – jamais prescindível – de peculiaridades fáticas, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida em sede de suspensão de tutela antecipada, consignou o seguinte:

“Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.”⁴²

Nestes termos, não podemos constituir (ou ser) uma doutrina que consolida e legitima projetos de poder já institucionalizados ou que buscam a promoção do imperialismo promovido por (e em) outras tradições ao longo das últimas décadas das quais, por variadas razões, estamos nos aproximando, lembrando que, como Mattei e Nader ponderam, esses intelectuais que capitulam essa postura legitimadora (não libertária) do Direito “não precisam compartilhar nenhuma motivação especial, a não ser, talvez, algum ‘projeto profissional’ ditado pela lealdade à disciplina que ensinam”⁴³.

A nova geração de juristas, preocupada com os fundamentos de sua disciplina, precisa se autocriticar para evitar a cegueira diante destes sofisticados mecanismos persuasivos de engenharia de consentimento.

Ao encamparmos um sistema de precedentes e compará-lo com seu uso no âmbito anglo-americano, precisamos absorver o que ele tem a nos oferecer no âmbito dogmático, mas sem deixar de levar a sério nossas contingências e exigências de legitimação pela garantia do processo constitucionalizado e pela participação de todos os afetados, inclusive, preocupando-nos com a sub-representação que técnicas como a da causa-piloto (do IRDR e Recursos Repetitivos) trazem consigo.

Desse modo, devemos nos afastar de discursos de protagonismo judicial das cúpulas como se os demais tribunais, juízes, advogados e, especialmente, estudiosos tivessem pouco a contribuir pela assunção da última voz pelos tribunais superiores e como se houvesse possibilidade de se legitimar a prática cotidiana dos mesmos de criar teses como se precedentes fossem.

42 BRASIL, STF, STA 244, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24.09.09.

43 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Op. cit.*, p. 144.

É o momento de nos abirmos para todas as inovações trazidas (especialmente no discurso que gravita em torno do CPC/2015), mas com o olhar crítico para tudo que nos é apresentado.

O PROBLEMA DA INADEQUADA PUBLICIDADE DOS JULGADOS E PRECEDENTES

Na tradição do *common law*, já se percebeu há muito⁴⁴ a necessidade de se ofertar a devida publicidade às suas decisões mediante a consolidação de relatórios (*reports*) hábeis a dar conhecimento de seu teor à comunidade jurídica, e prioritariamente dos fundamentos daquelas decisões para a consolidação de uma teoria dos precedentes obrigatórios.

Dentro desta temática, recente notícia⁴⁵ divulgada pelo STJ revela que esse tribunal reformulou e disponibilizou uma nova página de recursos repetitivos com a nítida pretensão de aprimorar a divulgação de seus “precedentes”⁴⁶.

Tal postura decorre do advento do CPC/2015 e da consolidação do já aludido modelo deliberativo de formação e de aplicação de precedentes, no qual a publicidade vem encampada em seus aspectos mínimos por seu art. 979⁴⁷, e em que tal divulgação torna-se capítulo extremamente delicado e essencial, pelo que elogiável a iniciativa do STJ, mas ainda insuficiente.

Isto porque, quando não se divulgam bem os precedentes como no sistema atual⁴⁸, de modo a facilitar o acesso de seu teor a todos os profissionais, corre-se

44 Sobre a história dos *Law Reporting* dos séculos XIII a XX conferir HOLDSWORTH, W. *A history of English law*. London: Sweet & Maxwell, 1927. No século XVIII, tais relatórios deixaram de ser uma compilação privada e se tornou, paulatinamente, uma tarefa pública dos próprios tribunais com participação de *experts* (desde a fase dos *authorized reports*). Pontue-se que durante muito tempo tais *reports* funcionavam como verdadeiros manuais da prática mediante a compilação por pessoas que assistiam aos julgamentos, mas sua mudança foi essencial para consolidação da força vinculante (*binding force*) do sistema inglês.

45 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-reformula-e-disponibiliza-a-sua-nova-página-de-recursos-repetitivos>.

46 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/>.

47 “Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1 Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. § 2 Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3 Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.”

48 De fato, até mesmo a própria divulgação pelo STF de suas decisões – desde as que não reconhecem a repercussão geral dos recursos extraordinários até as que julgam o seu mérito – é feita como se elas (decisões) pudessem ser reduzidas a temas – basta conferir os informativos de jurisprudência

o risco, como alude Duxbury no sistema anglo-americano, de os precedentes serem utilizados como verdadeiros “precedentes-surpresa”, provenientes de situações em que o julgador “saca” do banco de dados um julgado para dar fundamento à sua decisão que não foi devidamente publicizado à comunidade jurídica. Esse fenômeno, que deve ser enfrentado, é mais recorrente em países onde os meios de catalogação decisória impedem o conhecimento adequado do direito jurisprudencial pelos profissionais.

No novo sistema normativo, não se pode ignorar que o uso de precedentes dessa forma configurará nulidade da decisão, caso não precedido de alerta na fase preparatória, facultando-se às partes manifestação específica, nos termos dos arts. 10, 357, 933 e 1.037.

Essa questão ganha maior relevância no atual sistema (pós-CPC/2015), pois a ausência de acesso adequado ao teor dos precedentes poderia, por exemplo, levar o advogado a não se atentar ou não levar a sério importantes pronunciamentos judiciais carentes de divulgação adequada (notadamente os prescritos pelo art. 927⁴⁹), prejudicando a formulação prévia de argumentos de distinção ou de superação. Ao contrário, submete-se o advogado e a parte

do citado tribunal. Esta confusão entre decisão jurisdicional e tema é tão grave que a admissão dos recursos extraordinários (para sua posterior análise pelos ministros) é feita por servidores despidos de poder jurisdicional e sem qualquer preocupação com, pelo menos, uma leitura atenta de cada peça. É o disposto na Portaria n. 138/09, cuja finalidade é bem estabelecida em seu art. 1, *in verbis*: “Determinar à Secretaria Judiciária que devolva aos tribunais, turmas recursais ou Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais os processos múltiplos ainda não distribuídos relativos a matérias submetidas a análise de repercussão geral pelo STF, os encaminhados em desacordo com o disposto no § 1º do art. 543-B do Código de Processo Civil, bem como aqueles em que os ministros tenham determinado sobreestamento ou devolução”. A análise da repercussão geral formal nos diversos recursos extraordinários interpostos constitui matéria de competência concorrente do STF e dos tribunais de justiça dos Estados e tribunais regionais federais, enquanto que a repercussão geral material (a efetiva existência de questões de alta relevância) é privativa do STF. O preocupante é que a mencionada Portaria confere verdadeiros poderes decisórios a meros serventuários na averiguação da existência de repercussão geral nos recursos (considerados além do necessário para a representação da controvérsia), o que é atestado pela aposição de um carimbo na peça com a indicação de um número (cada tema teria um número específico), sem maiores indagações de adequação, o que, na prática, tem permitido até mesmo o reenvio do recurso para a instância de origem, a fim de que o Relator possa exercer o seu juízo de retratação, no momento oportuno, sem que qualquer ministro, juiz, ou mesmo um assessor tenha assumido formalmente a responsabilidade por esta decisão. Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle; BUSTAMANTE, Thomas; MOREIRA, Ana Luisa de Navarro. *Admissão de recursos: novo CPC exige reforma de norma do STF*. Artigo publicado em 16 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-16/recurso-extraordinario-previsto-cpc-exige-reforma-norma-stf#_ftnref5_9662>.

49 “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

ao enorme perigo de serem surpreendidos por uma sentença liminar de improcedência do pedido (art. 332), e a mesma espécie de risco afeta situações similares, a exemplo do que ocorre nas decisões liminares do sistema recursal (art. 932, IV e V), entre inúmeras outras hipóteses.

Além disso, é importante perceber que a divulgação dos precedentes não é relevante apenas no contexto processual. Os precedentes judiciais criam expectativas normativas para os jurisdicionados, que passam a confiar que o seu comportamento será juridicamente valorado segundo as leis e a interpretação que os tribunais fazem dessas leis:

“No Direito, usamos duas noções de tempo diferentes. O tempo do relógio e sua contagem de maneira unidimensional. E, no sistema jurídico, falamos ainda de tempo autêntico, multidimensional, que mescla passado, presente e futuro em suas operações internas. Se as decisões judiciais se voltam precipuamente para o *input* (passado) do sistema, trabalham – por meio das leis, dos precedentes e da dogmática – as informações seletivamente, através de conceitos mais universalísticos e de tipos (quer sejam conceitos cerrados ou tipos propriamente ditos), técnica a partir da qual elas envolvem o futuro, possibilitando a extensão das decisões a partes desconhecidas, em casos ainda não ocorridos. As decisões, sobretudo, permitirão prever as decisões futuras, internas ao sistema, formando-se expectativas normativas, o que significará mais segurança, mais confiança em um sistema próprio das sociedades de alto risco (com isso, mais risco será possível suportar).”⁵⁰

Nessa linha de raciocínio, a ampla divulgação dos precedentes é condição imprescindível para a formação de expectativas normativas e para a promoção da confiabilidade do jurisdicionado nos tribunais, de modo a possibilitar que as pessoas em geral tomem conhecimento do conteúdo dos precedentes e possam planejar e projetar suas vidas segundo o que os tribunais devem decidir de forma estável, coerente e íntegra.

O precedente judicial e a argumentação jurídica pautada no Direito jurisprudencial não pode se limitar ao processo judicial, que pressupõe a realização e a concretização de atos e fatos ocorridos no passado, os quais serão julgados segundo o Direito vigente na época de sua ocorrência. É essencial que, nesse passado, o jurisdicionado tenha podido tomar conhecimento e compreender qual era a interpretação conferida pelo Judiciário às normas relevantes que incidiriam nos atos por ele praticados, caso contrário a aplicação do precedente continuará

50 DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações na jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 219.

sendo utilizada como um argumento-surpresa, ainda que colocado em debate processual desde a fase de conhecimento, pois a decisão final sempre decide algo consolidado no passado, e não no momento de sua prolação.

Onde não há condição de conhecimento, não há efetiva liberdade para deliberação particular e informada, e o jurisdicionado poderá ser surpreendido por um precedente cuja existência lhe faltou, não por negligência ou ignorância censurável, mas por ausência de condições externas para tanto – nesse caso, dificilmente se poderão realizar distinções consistentes quando judicializado o conflito, o que reforça o argumento segundo o qual a divulgação de precedentes não é relevante e necessária apenas para que os advogados possam trabalhá-los desde a primeira oportunidade que lhes é facultada. Mas fosse razoavelmente possível o prévio conhecimento daquele precedente, os processos internos de deliberação teriam sido outros, ainda que para assumir um risco de forma consciente, legitimando democraticamente eventual debate judicial acerca da aplicabilidade desse ou daquele precedente ao caso concreto.

Em síntese, o precedente judicial não deve ser divulgado apenas para a comunidade de pessoas formadas em Direito (comunidade de especialistas) e que atuarão de modo técnico no processo: o precedente judicial deve ter como público-alvo as pessoas em geral, o cidadão que diariamente realiza planos para sua vida, celebra negócios, pratica atos que interferirão na vida de outras pessoas, confia nas instituições públicas e que, por tudo isso, têm o legítimo direito de tomar prévio conhecimento do que é o Direito e de como ele é interpretado pelos tribunais, sob pena de transformá-lo em um mero jogo de argumentos restrito aos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, em absoluto prejuízo das pessoas, que não podem ser reduzidas a peças naquele obscuro e complexo jogo, ficando à mercê de quem tem o melhor argumento, quando deveriam ser capazes de se colocarem como verdadeiros participantes do Direito.

Em assim sendo, percebe-se que a adoção de um sistema normativo de precedentes induz uma mudança brutal tanto da racionalidade de se decidir e de se postular quanto no modo de se promover a publicidade dos julgados dos tribunais, mostrando a completa insuficiência de se divulgar prioritariamente (com destaque) as ementas, que possuem função eminentemente catalográfica e, com recorrência, não espelham os principais fundamentos decisórios dos arestos⁵¹.

51 Sobre isso ver, e.g., NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Precedentes no CPC/2015 por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 17-52, jul./set. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98634/precedentes_compreensao_constitucionalmente_nunes.pdf>.

Nesse sentido, com razão Leonard Schmitz, que pontua⁵²:

“Indexadores devem ser utilizados com cautela. É preciso percorrer os catálogos de decisões até encontrar uma que tenha sido escorada em fundamentos jurídicos aplicáveis como justificativa legitimadora da norma que está sendo construída para um caso concreto. E a mera leitura da ementa não entrega, desde logo, os fundamentos; apenas explicita as questões decididas no ‘precedente’ que se quer invocar. Os enunciados e ementas precisam ser abordados como o símbolo de um passado a ser respeitado, nunca de um futuro ao qual ser submetido: a ementa de um julgado deve ser vista como não mais que um instrumento para proporcionar a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida. (...) O resumo catalográfico de um pronunciamento que conste do rol do art. 927 deve servir de convite para a leitura da *íntegra* dos votos que compõem o julgado. A ementa não pode, então, querer ter a pretensão de ser utilizada ela mesma. Nesse contexto, diante dos ‘precedentes’ previstos no CPC/2015, a função do ementário de jurisprudência fica ainda mais claramente relegada à indexação e facilitação de busca através dos mecanismos virtuais de pesquisa de cada tribunal. Extrapolar esse caráter e utilizar-se do texto da ementa em um julgado representa no CPC/2015 uma impropriedade muito maior do que já o era no código revogado. (...) Se as ementas, e bem assim as súmulas, são indexadas (isto é, redigidas) tendo em vista o que foi *pedido e julgado*, e não com foco na *causa de pedir* e no *fundamento* da decisão, a busca por uma *ratio decidendi* jamais será possível pela mera pesquisa de jurisprudência catalogada. Assim, como pelo título do presente artigo, o leitor consegue ter apenas uma vaga ideia a respeito do que será abordado (e apenas a leitura integral pode fornecer elementos sobre seu conteúdo), os enunciados apresentam tão somente a casca daquilo que é a jurisprudência; para conhecê-la, não basta contentar-se com a aparência. Direito jurisprudencial, assim, é tema que exige uma caminhada (hermenêutica) firme, mas sem pressa e sem superficialidade.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há bons anos, vêm sendo denunciados os problemas provenientes do desconhecimento do modo como os tribunais decidem⁵³: não é incomum, numa

52 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Ementa. Função Indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema hermenêutico. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2016. v. 3.

53 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>>.

mesma câmara ou turma de um tribunal, encontrar-se decisões díspares sobre o mesmo tema, chegando-se ao absurdo de o mesmo julgador, na condição de relator (ou vogal), proferir decisões diferentes em casos idênticos, inclusive na mesma sessão de julgamento.

Todo esse quadro seria sensivelmente reduzido se houvesse uma mudança real do uso da publicidade das decisões judiciais em que se ofertasse, de modo temático, a cadeia de decisões do tribunal sobre determinado assunto, desde o seu primeiro julgado (*leading case*), de modo que se indicassem, além da ementa, os argumentos suscitados pelas partes, os fundamentos determinantes, os dispositivos normativos a ela relacionados e as questões e teses enfrentadas no pronunciamento. Para o sucesso de um trabalho dessa magnitude, seriam necessários profissionais capacitados que conseguissem criar técnicas de extração dos julgados das reais razões utilizadas pelos sujeitos processuais, e o CNJ poderia conduzi-lo criando objetivos qualitativos e quantitativos e estabelecendo um método para assegurar sua eficiência.

A simples compilação das decisões, com acesso ao inteiro teor (quase não consultado por parcela considerável dos aplicadores), a partir de critérios de palavras-chave (decisor, órgão julgador, temas, etc.), sem esmiuçar as questões que foram objeto de apreciação e sem se facilitar o acesso a toda a cadeia decisória proferida (salvo mediante uma pesquisa extenuante no *site* do tribunal), dificulta sobremaneira o cumprimento do comando prescrito no art. 926⁵⁴ do CPC/2015, por ser necessário um esforço hercúleo e extremamente técnico (o que exclui a maior parte da população) para se conhecer a história institucional daquele tribunal ao julgar no passado questões análogas, sem desprezar que a tarefa do julgador não é menos espinhosa para cumprir o disposto no art. 489, § 1º, V e VI⁵⁵.

É imperativo perceber que só conseguiremos suplantarmos a barreira institucional de efetivo respeito dos comandos do Novo CPC se percebermos, desde já, que, sozinho, não terá o condão de criar um modelo deliberativo de formação e aplicação dos precedentes, corrigindo a jurisprudência lotérica que vige(ia)

54 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1 Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2 Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

55 Por isso mesmo, é de extrema relevância e lucidez a metáfora criada por Ronald Dworkin (*Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005), acerca da figura do Romance em Cadeira (ou *Chain in Law*), na qual um conjunto de decisões do judiciário deve ser lido como um corpo coerente e íntegro de provimentos encadeados. Dessa forma uma lógica decisória pode ser apreendida a partir de uma narrativa comum na qual cada magistrado se vincula ao esforço de promover uma sequência construtiva a partir de um diálogo com o passado.

DOCTRINA

antes do sua entrada em vigor, sem que antes mudemos a própria deliberação decisória e o modo como os tribunais divulgam e compilam seus julgados.

A ausência de uma publicidade adequada torna cada vez real o risco de utilização de precedentes-surpresa, pois a dificuldade de pesquisa para acesso aos precedentes do art. 927, especialmente pelos números expressivos de processos que a justiça brasileira padece, continuará a ser uma constante.

Como contramedida ao uso de precedentes-surpresa, encobertos na ineficiência dos mecanismos de pesquisa e catalogação dos tribunais, o advogado deve defender a *nullidade decisória* por ocasião de sua aplicação com fundamento na dimensão normativa prevista no art. 10⁵⁶ (que prescreve o contraditório como garantia de influência, e não surpresa) e que estabelece ao magistrado o dever de provocar preventivamente o debate acerca de um fundamento decisório antes de usá-lo em seu pronunciamento. E não menos importante e independentemente desta dimensão normativa, cabe aos profissionais tornar sua pesquisa jurisprudencial mais sofisticada e profunda.

Pontue-se, assim, por derradeiro que se desejamos levar a sério todas as potencialidades de nosso novel sistema de precedentes, tornar-se-á imperativo se implementar pelo CNJ e pelos Tribunais, entre outras medidas, uma mudança brutal da catalogação e da elaboração de relatórios jurisprudenciais, de modo a se criar, de fato, uma jurisprudência estável, coerente e íntegra disponível às pessoas em geral, que são os verdadeiros protagonistas na criação e no desenvolvimento do Direito.

56 Cf. STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo; FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016; THEODORO Jr.; NUNES; BAHIA; PEDRON. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.