



Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes

Sempre tivemos dificuldades em entender a afirmação “definitiva”, de grande parcela dos pensadores pátrios, de que os enunciados de súmula seriam pronunciamentos dos Tribunais vocacionados à abstração e à generalidade, tal qual as leis, e de que sua aplicação poderia se dar desligada dos casos (julgados) que deram base à sua criação.^[1]

Outra assertiva difícil de digerir é a de que o seu uso poderia ser comparado ao dos precedentes no *common law*, especialmente pela percepção de que lá é vital a ideia de que os tribunais não podem proferir regras gerais em abstrato.^[2] É dizer, em países de *common law*, os precedentes não “terminam a discussão”, são sim, um *principium*^[3]: um ponto de partida, um dado do passado, para a discussão do presente.

Aqui entre nós, a jurisprudência defensiva esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado de Súmula e, então, a questão estará resolvida quase que automaticamente. No “*common law*”, ao invés, para que um precedente seja aplicado há que se fazer exaustiva análise comparativa entre os casos (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual.

Aqui não pretendemos negar que o uso de enunciados de súmula (e de ementas) se dê no Brasil, equivocadamente, como se lei fossem. Seguindo o mesmo raciocínio de generalidade e de aplicação das normas editadas pelo Parlamento. É como se esses enunciados jurisprudenciais se desgarrassem dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi* ou *holding*) que os formaram. Não se nega também as razões históricas da criação desses enunciados na década de 1960, com inspiração nos assentos portugueses.

O que se critica é que após todos os avanços da teoria do direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*),^[4] que defendia a capacidade do Judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a “esse” geral com a negligência às singularidades. Perceba-se: nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas “perfeitas”, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, *e.g.*, por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava). Agora, em fins do século XX e início deste apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas, apenas que agora seu autor não é mais (só) o legislador mas (também) o juiz.

Em assim sendo, apesar de se tematizar com recorrência nosso peculiar movimento de convergência com o *common law*, chamado pelo amigo Lenio Streck de ‘commonlização’^[5], continuamos insistindo nessa equivocada formação e aplicação do direito jurisprudencial.^[6]

Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos “precedentes”. Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que



o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos — entre as hipóteses fáticas —, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo.

E essa assertiva deve também valer para os enunciados de súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem.

Nesses termos é se louvar o texto do artigo 520, parágrafo 2º, do CPC projetado ao determinar que “é vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente.

Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados. Estaremos inventando uma nova forma de legislação advinda de um novo poder, a juristocracia, que não apenas viola princípios constitucionais (como a separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), mas que também padece dos mesmos problemas que a crença absoluta na lei: o “problema” da interpretação. Sim, porque, por mais que se tente acabar com a discussão a partir de um enunciado de Súmula, o fato é que este é um texto e, como tal, possui o mesmo *pathos* da lei: como não é possível antecipar todas as hipóteses de aplicação, uma e outra estão sujeitas ao torvelinho da práxis que evocará interpretação.

[1] Em sendo assim, os Tribunais Superiores poderiam possuir um grande (e crescente) número de obstáculos ao seu acesso, uma vez que não estão ali para “corrigir a injustiça da decisão”, mas somente para garantir a autoridade da Constituição/lei federal e a uniformidade da jurisprudência. Frente àqueles casos que conseguem ultrapassar a barreira da admissibilidade, os Tribunais Superiores não estariam preocupados com o caso em si, que seria abstraído de suas características de caso concreto e visto apenas a partir do tema de que se trata, a fim de, se valendo do caso (que é irrelevante), alcançar aqueles objetivos acima elencados.

[2] HUGHES, Graham. Common Law systems. MORRISON, Alan. *Fundamentals of american law*. New York.: Oxford University Press, 1996. p. 19.

[3] RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista Forense*, v. 327, p. 38.

[4] PUCHTA, Georg Fredrich. *Lehrbuch der Padekten*. Leipzig: Berlag von Johann Ambrolius Barth, 1838.



[5] STRECK, Lenio. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Acessível em:
<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>.

[6] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do TST. Brasília. V. 79. Abr.- Jun. / 2013. Acessível em:
<http://pt.scribd.com/doc/176023132/Dierle-Nunes-e-Alexandre-Bahia-Formacao-e-aplicacao-do-Dir-Jurisprudencial-Revista-do-TST>

Date Created

07/01/2014