A atuação da Defensoria diante de um sistema de precedentes

A LC 80 prevê que o defensor público tem o dever de recorrer sempre que encontrar algum fundamento na lei, na jurisprudência ou na prova dos autos[1]. Limitando a abordagem ao fundamento jurisprudencial para o recurso, questiona-se: se a pretensão recursal do assistido não encontrar qualquer acolhida na jurisprudência, havendo, por exemplo, entendimento contrário sumulado ou sedimentado na jurisprudência dos tribunais superiores, o defensor público pode deixar de recorrer? Conforme veremos a seguir, estamos diante não apenas de uma releitura do papel dos atores processuais, entre os quais está a Defensoria Pública, mas, sobretudo, de uma nova compreensão do acesso à Justiça num sistema que valoriza cada vez mais os precedentes.

Uma abordagem aprofundada sobre o tema (precedentes) naturalmente fugiria dos propósitos desta ocasião, já havendo no Brasil uma literatura quase incalculável sobre o que se tem denominado de *Direito Jurisprudencial*[2], principalmente pelos estudiosos do Direito Processual Civil. Em estudo feito para a obtenção do título de especialista em ciências criminais, investiguei o tema e propus a criação de uma teoria dos precedentes penais[3], abordando a matéria, portanto, a partir do Direito Processual Penal, que ainda convive com a ideia da liberdade absoluta do juiz em detrimento de valores tão ou mais importantes, como a igualdade e a segurança jurídica.

Noutro texto publicado aqui nesta coluna, apresentei uma teoria da uniformização de entendimentos ou de teses institucionais (Tueti)[4] para a Defensoria Pública, tratando-se, então, de uma *projeção interna* da doutrina dos precedentes, a ensejar o tratamento isonômico dos assistidos pelos defensores públicos. Neste texto de hoje, deparamo-nos com um convite à *projeção externa* da doutrina dos precedentes, colocando o defensor público diante do seguinte dilema: a estabilidade da jurisprudência, ainda que contrária ao assistido, pode legitimar a recusa de interposição do recurso?

Antes de enfrentar o dilema colocado, me parece oportuno *encurtar* um pouco a argumentação para dizer não apenas que sou entusiasta de um sistema de precedentes, como também o considero o resultado mais expressivo da igualdade perante a aplicação da lei (e não apenas diante *da lei*, o que mantém o cidadão refém de uma discricionariedade absoluta dos juízes). O jurisdicionado tem — ou deveria ter — direito à previsibilidade quando decide demandar em juízo. Não me refiro a um sistema de precedentes que entra acolhida somente de *lege ferenda*, isto é, que necessita de alterações legislativas substanciais para estabelecer a sua eficácia vinculante. Além de considerá-lo uma decorrência do direito fundamental à igualdade (artigo 5º, *caput*, da CF) e também da garantia do devido processo (artigo 5º, LIV, da CF), comandos normativos que trazem consigo implicitamente a ideia de segurança jurídica, o sistema de precedentes conta com diversas aplicações no Direito brasileiro, tais como a súmula impeditiva de recurso, a improcedência *prima facie*, a súmula vinculante, a repercussão geral do recurso extraordinário, o julgamento dos recursos especiais repetitivos etc., sem contar, ainda, as recentes inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Conforme veremos adiante, e isso será fundamental para que a Defensoria possa contribuir para uma distribuição mais igualitária e racional do direito, a recusa de um sistema de precedentes se deve em grande medida a um desconhecimento das múltiplas formas de evitar o engessamento eterno dos entendimentos jurisprudenciais. Quando falamos de previsibilidade, portanto, de modo algum se

pretende obstruir a judicialização direcionada à superação do precedente. Marinoni resume bem a questão: “O precedente não é sinal de ‘engessamento’ do direito, mas de estabilidade”^[5]. No entanto, além daquele desconhecimento sobre a ausência de *eternidade* do precedente, o que acaba por resultar numa rejeição teórica à ideia da vinculação das decisões dos tribunais superiores, há também um problema cultural neste cenário, às vezes protagonizado por *atores* que têm mais interesse na incoerência e na irracionalidade do sistema de Justiça. Nesse sentido, irretocável novamente a lição de Marinoni:

“Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das cortes supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país.

Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mercado, assim como governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesse na incoerência e na irracionalidade do que no contrário. Esse ponto, apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de *civil law* marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na administração pública, inclusive na administração da Justiça”^[6].

Retomemos ao questionamento anteriormente apresentado e ainda não respondido: a estabilidade da jurisprudência, ainda que contrária ao assistido, pode legitimar a recusa de interposição do recurso? Entendo que sim, desde que não haja nenhum elemento capaz de provocar a superação ou a não aplicação do precedente no caso concreto, a exemplo das técnicas do *distinguishing* (distinção do caso em julgamento daquele ou daqueles que ensejaram a construção do precedente) e do *overruling* (revogação do precedente). A mesma conclusão é defendida por Franklyn Roger em sua *tese* apresentada no XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep), em novembro de 2015, com a qual alcançou a segunda colocação em concorrida disputa:

“Creio que fora dos casos de superação ou distinção, deva o Defensor Público, pautado em sua independência funcional, se valer da prerrogativa prevista nos arts. 44, I; 89, I; ou 128, I da LC 80/94 e deixar de patrocinar a ação ou recurso em virtude do seu manifesto descabimento, já que, em última análise, a jurisprudência pacificada e não contestada deve ser observada”^[7].

Que nem por um instante o leitor compreenda esta conclusão como uma postura *conformista* da Defensoria Pública diante da formação da jurisprudência ou como uma exortação para que os defensores públicos se *curvem* quando se depararem com precedentes contrários aos interesses de seus assistidos. Não se trata disso, e sim de admitir que o sistema de precedentes reclama uma atuação diferenciada por parte da Defensoria Pública, potencializando o atributo da *técnica*, sob pena de os defensores, a partir de petições *pro forma*, contribuírem justamente para o fortalecimento do precedente impugnado[8]. Assim, sugere-se que, nos casos em que o defensor público entender presente um elemento com potencial para provocar a não aplicação ou mesmo a superação do precedente, que interponha, sim, o recurso, abrindo um tópico exclusivo nas *razões* para convencer o tribunal sobre a necessidade de se promover uma alteração na jurisprudência.

Para aumentar as chances de êxito na tentativa de convencimento do tribunal, mostra-se muito importante o recolhimento do material fático pelo defensor público, explorando, a partir daí, peculiaridades do caso concreto que justificam o afastamento do precedente. Nesse sentido, a lição de José Augusto Garcia de Sousa:

“Na sistemática do CPC/2015, forte na vinculação dos precedentes, o cuidado com o material fático reveste-se de grande importância, mais até do que sempre foi. Enfrentar um precedente vinculante é faina que tende a ser vã. Em vez disso, com chance bem maior de sucesso, pode-se tentar evitar a incidência do precedente ao caso concreto, demonstrando-se que o caso tem contornos fáticos que não coincidem com a base empírica levada em conta na formação do precedente – é a técnica do *distinguishing*. Daí a importância de um esmerado tratamento da matéria fática”[9].

Além do recolhimento do material fático, outra técnica que pode ser muito eficaz para impugnar o precedente, desde que utilizada de forma oportuna e adequadamente, consiste na invocação de dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos e também da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos[10], não apenas como mero *argumento de autoridade* diante da sua eficácia vinculante para o Brasil, mas principalmente como argumento persuasivo-preventivo no sentido de demonstrar para o tribunal que a manutenção do precedente poderá ensejar a denúncia do caso para uma instância internacional. A esse propósito, afirma Julio Grostein:

“Depreende-se dessa atribuição, portanto, que eventual violação grave a um direito protegido internacionalmente faz com que o defensor natural empreenda esforços, junto à jurisdição interna, para convencer o(s) julgador(es) acerca da ofensa a algum dispositivo internacional, quando pertinente a alegação. Nesse contexto, permite-se que os tribunais nacionais sejam instados a se manifestar sobre parâmetros internacionais de direitos humanos, o que, evidentemente, constitui campo fértil para a mutação constitucional”[11].

Finalmente, importante ressaltar que o *grau* de vinculação do precedente para a Defensoria Pública deve ser atenuado quando comparado com a vinculação do precedente para as demais instituições, e isso porque compete aos defensores públicos estarem sempre um passo além do Direito legislado ou *jurisprudencializado*, o que devem fazer mediante argumentações inteligentes, estratégicas e em diálogo persuasivo com os tribunais, apontando as consequências da manutenção ou da superação do precedente para os necessitados.

*Este texto foi extraído do livro que estou finalizando, com o título *Defensoria Pública: Manual de Teoria e Prática Penal*, tendo sido reduzido e adaptado para o formato da coluna.

[1] Artigos 45, VII, 90, VII, e 129, VII.

[2] Sobre o tema, entre outros, consultar WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

[3] Um resumo do trabalho foi publicado em PAIVA, Caio. *Por uma teoria dos precedentes penais: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo*. IBCCrim. Boletim – 246 – Maio/2013.

[4] Ver [Entendimento institucional pode vincular defensor público?](#), publicado aqui em 01/12/2015.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: RT, 2014, p. 103.

[6] *A ética dos precedentes*, p. 72.

[7] ALVES SILVA, Franklyn Roger. *O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – a atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência*. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015, p. 113. O autor também defende a mesma conclusão em sua obra em coautoria com Diogo Esteves: *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 626.

[8] Sobre o tema, ver NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Os Precedentes, a Defensoria Pública e o NCPC*. In: SOUSA, José Augusto Garcia (coord.). *Defensoria Pública – Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 5). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 435-468.

[9] *A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos Caminhos – e Responsabilidades – para uma Instituição enfim Essencial*. In: *Os Precedentes, a Defensoria Pública e o NCPC*. In: SOUSA, José Augusto Garcia (coord.). *Defensoria Pública – Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 5). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 513.

[10] Uma seleção de principais casos, acompanhada de identificação dos principais pontos e dos comentários, pode ser encontrada em PAIVA, Caio; ARAGON, Thimotie Heemann. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Manaus: Dizer o Direito.

[11] GROSTEIN, Julio. *O papel da Defensoria Pública na mutação constitucional: um enfoque à luz das atribuições institucionais*. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; SOARES DOS REIS, Gustavo Augusto (coords.) *Temas Aprofundados Defensoria Pública*. Volume 2. Salvador: Juspodivm, Salvador, 2014, p. 654.

Date Created

16/02/2016