

Da aplicação dos precedentes jurisprudenciais

Ricardo Tavares Baraviera

*Advogado da CAIXA em Brasília
Pós-graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul*

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade efetuar uma breve análise da natureza jurídica dos precedentes jurisprudenciais e, a partir daí, avaliar a forma nem sempre criteriosa de sua aplicação, além de sua utilização inadequada como mero instrumento de eliminação de processos, especialmente porque o sistema jurídico vem evoluindo no sentido de uma maior utilização da jurisprudência nas decisões.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedentes. Aplicação. Natureza jurídica. Regra.

ABSTRACT

The present article intends to perform a brief analysis on the juridical nature of the jurisprudence precedents and, from this point, evaluate the not always discerning way of its applying, and even the inadequate usage as a mere instrument of eliminating lawsuits, specially because the juridical system evolves in the sense of greater usage of jurisprudence in the decisions.

Keywords: Jurisprudence. Precedents. Applying. Juridical nature. Rule.

Introdução

Como efeito da globalização e da evolução do Direito, o sistema jurídico pátrio, baseado nos textos legais, importou do *common law* não só a maior liberdade para julgamento como também a utilização frequente dos precedentes jurisprudenciais como norte para as decisões. Diante dessa realidade, torna-se imperioso ao operador do Direito estudar a forma correta de aplicação da jurisprudência como meio de realização da justiça e da segurança jurídica.

1 O estado social, a aplicação e a interpretação da lei

A lei foi o instrumento de proteção do cidadão contra o Estado no momento da derrocada do absolutismo e surgimento do Estado Liberal. Diante de um Judiciário com histórico de arbitrariedades, cumpria ao novo sistema defender os direitos individuais a partir de uma legislação abrangente e uma rígida partição entre os Poderes. Nesse contexto, “o conceito de segurança ou de certeza jurídica se confundia com a lei”.¹

Mas isso ainda não era suficiente, já que o juiz, no trabalho de interpretação, poderia desvirtuar as conquistas dos cidadãos. Dessa forma, o trabalho interpretativo foi restringido ao máximo, impedindo o julgador de maiores liberalidades sob qualquer pretexto, sendo exigida a observação do texto legal e o enquadramento dos fatos em exame, em procedimento conhecido como subsunção. “Os princípios não eram reconhecidos como fonte autônoma do direito”², sendo meros subsídios ao legislador.

Com a consolidação da democracia – a despeito de soluções de continuidade³ – e da experiência democrática, tal regime firmou-se no Ocidente, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Diante da nova realidade, o direito e a sociedade evoluíram do Estado Liberal para o Estado Social, implicando profundas alterações:

Enquanto o Estado Liberal apenas protegia as liberdades negativas, de cunho eminentemente individual, o que era coerente com a neutralização política do Judiciário, o Estado Social trabalha com as liberdades positivas. Com isso, passa-se a exigir do poder público condutas positivas (obrigações de fazer), no sentido de prestar ações *materiais* voltadas à efetivação de direitos de proteção ou de prestação.⁴

No novo contexto de poderes e liberdades⁵, foram abandonadas “as fórmulas abstratas e o paradigma jurídico transfere-se da

¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 147.

² Ibidem, p. 81.

³ Lembremos que, à exceção dos Estados Unidos e Inglaterra, praticamente todos os países ocidentais vivenciaram períodos de autoritarismo.

⁴ CAMBI, op. cit., p. 194, grifo do autor.

⁵ “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 2004, p. 21).

lei para o caso concreto, confiando no processo argumentativo dialético e, ao final, ao julgador, a melhor solução, singular, à questão a ser resolvida.”⁶ A narração congruente “reflete o conjunto dos fatos” ou, em outras palavras, “estabelece uma ligação com o conjunto dos fatos”.⁷

O julgador passivo começa a agir, interferindo no meio e criando novas realidades a partir dos casos concretos que lhe são propostos, uma vez que, se “todo Direito escrito encerra uma parcela de injustiça”⁸, a injustiça não pode ser tolerada e deve ser corrigida pelo que se vai escrever.

Ao invés da lei, os fundamentos são encontrados nos princípios constitucionais, já que a busca pela eficácia da Constituição está na dianteira do processo renovador. “No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público.”⁹

Não se trata de ignorar a lei e, por conseguinte, o Legislativo, mas buscar a melhor solução para o caso concreto, coisa de que a lei, genérica e abstrata por definição, não é, necessariamente, capaz. “Para fins metodológicos, a interpretação do ordenamento jurídico deve ser marcada pela *força expansiva* dos direitos fundamentais”¹⁰, que influenciam todo o Direito.

Ademais, por mais extenso que seja o ordenamento, é impossível regular todas as situações jurídicas, seja pela quantidade, seja pela constante inovação. Pela subsunção pura e simples é possível enquadrar os fatos a um ditame, mas quanto mais forçado for o encaixe, mais ficará patente a inadequação dos meios e, por conseguinte, do resultado.

No Estado Liberal, o conceito de pacificação social poderia ser resumido como a solução definitiva para um caso. O Estado Social acrescentou o elemento *justiça*. Não basta a resolução do caso, é preciso que essa resolução seja justa. De certo modo, as rédeas curtas do Estado Liberal eram sua própria antítese, já que a solução certa, mas injusta, somente acarreta pacificação social pela existência da coerção – o mesmo ente opressor que sustentava o Estado Absolutista.

⁶ CAMBI, 2009, p. 133.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil** – Processo de Conhecimento, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 488.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.66.

⁹ CAMBI, op. cit., p. 24.

¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

“A estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança jurídica*, enquanto a dos princípios favorece a *justiça* das decisões.”¹¹ Para que se atinja o melhor resultado, exige-se “a manutenção da permanente tensão entre a busca da segurança jurídica – que requer a observância dos precedentes pelos juízes – e a realização da justiça material do caso concreto, que exige a capacidade dos juízes de atualizar as normas às situações novas”.¹²

Da situação moderna surgiu uma nova Teoria do Direito, denominada neoconstitucionalismo, que vê a Constituição como instrumento de grande amplitude e flexibilidade, capaz de adaptar-se à evolução social sem necessidade de alteração no texto, cabendo precipuamente ao julgador a avaliação acerca do melhor entendimento para cada dispositivo. Segundo Bulos¹³, são aspectos principais do neoconstitucionalismo:

- a) mais respeito a princípios, em vez de normas;
- b) mais ponderação do que subsunção;
- c) mais direito constitucional, em vez de conflitos desnecessários;
- d) mais trabalho judicial, em vez de ficar esperando os legisladores cumprirem seu papel; e
- e) mais valores, em lugar de dogmas e axiomas indiscutíveis.

Conforme Mendes, cabe ao magistrado encontrar o equilíbrio entre a maior atuação judicial e a passividade, não pecando nem pela falta nem pelo excesso, como forma de preservar os direitos fundamentais e a própria Constituição:

Em suma, nem o *protagonismo* irresponsável, nem o *alheamento* apassivador, porque um e outro não se compadecem com o princípio da *lealdade constitucional* e, ainda, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição.¹⁴

Mas tal entendimento não se restringiu ao julgador constitucional. A faculdade criativa estendeu-se a todos os julgadores como um poder/dever, por meio do qual se busca a materialização da justiça a partir dos princípios constitucionais:

Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente

¹¹ CAMBI, 2009, p. 88-89.

¹² Ibidem, p. 170.

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135.

te *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle da constitucionalidade, se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.¹⁵

Resta indubitável que o Judiciário procura, em todas as instâncias, dar efetividade aos direitos fundamentais, o que não é outra coisa senão dar efetividade à própria Constituição, superando os formalismos em busca do direito material e considerando este não somente o constante da lei, mas sim uma construção que parte do fato e busca referências na lei e, acima dela, nos princípios constitucionais.

Tais princípios, a bem dizer, são a garantia do tutelado contra o subjetivismo do julgador, já que não basta o bom-senso¹⁶ de quem decide, isto é, não é suficiente a solução que o juiz entende mais adequada: é necessário encontrar a solução que atenda da melhor forma os direitos fundamentais, que expressam uma vontade coletiva, e não apenas a visão única do magistrado:

O método concretista aposta na *teoria da argumentação* como forma de concretização da norma jurídica. Tal teoria evita, de um lado, que se confunda o texto legislativo com a norma (resultado da interpretação). De outro, inibe o *subjetivismo* e o *decisionismo*, pois não resulta na possibilidade de o intérprete dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não sendo admissível que as

¹⁵ DIDIER JR, Fred. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 71-72.

¹⁶ Bom-senso é uma questão valorativa e subjetiva, não sendo um índice preciso e regular.

decisões judiciais sejam tomadas a partir de impulsos ou fatores puramente emotivos [...] O neopositivismo não deve dar margem para o subjetivismo dos intérpretes, fazendo imperar a desordem e a descrença na Constituição.¹⁷

Dessa equação surge a norma jurídica, que vai tutelar a situação pontual levada ao Judiciário.

2 Diferença entre regras e princípios

Embora a subsunção tenha sido relativizada como método de aplicação do Direito, e a própria aplicação tenha se tornado passo posterior à interpretação, a ponderação é também uma possibilidade, não aplicada necessariamente em todos os casos. De acordo com Cambi, "as regras são aplicadas por *subsunção*, enquanto os princípios, por *ponderação*".¹⁸ Assim, diante de um texto jurídico, há que se verificar se estamos diante de regra ou princípio:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam [...] Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados tão somente diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos.¹⁹

O princípio é uma ideia vaga, que encontra nos fatos seus contornos, e apresenta moldura distinta para fatos distintos, além de acomodar-se a outros princípios, sendo que somente no caso concreto poderá ser encontrada alguma preponderância. A regra é a descrição de um fato. Quem se depara com a regra, sem esforço, enxerga a situação.

Critério similar para avaliar se é o caso de ponderação ou subsunção é a análise quanto à força (no sentido de objetividade) do texto:

A *letra* da Constituição ou da lei pode ter uma influência maior ou menor, dependendo da força do texto normativo. Quando o imperativo linguístico do texto é forte (*v.g.*, prazos, definições e normas de organização e competência), a sua influência na definição do caso

¹⁷ CAMBI, 2009, p. 111.

¹⁸ *Ibidem*, p. 94.

¹⁹ *Ibidem*, p. 90.

concreto é maior, quando o texto da norma contém conceitos vagos ou prevê elementos valorativos (v.g., dignidade humana, boa-fé, erradicação da pobreza, promoção do bem comum, diminuição das desigualdades regionais etc.), menor é sua capacidade de influir na decisão dos casos concretos.²⁰

Somente diante de uma situação absolutamente inusitada e de grave repercussão seria possível superar uma regra como a que define o prazo para um recurso. Já na defesa da dignidade humana, um princípio constitucional, embora seja necessário o discurso de justificação, não há um óbice claro e objetivo aos entendimentos possíveis, a não ser em situações limítrofes – ainda assim se deve considerar o instante do evento, porque o normal e o absurdo variam ao logo da História.

É clara a inter-relação entre regras e princípios, já que as regras legais podem ser afetadas pelos princípios, fazendo surgir uma nova regra para o caso em análise. Contudo, há que ser apreciado se o mesmo pode ocorrer quando a regra não decorre da lei, mas da jurisprudência.

3 Natureza jurídica dos precedentes jurisprudenciais

O julgador, ao analisar um caso, primeiramente deve analisar se trata-se de regra ou princípio. Sendo regra, aplica-se a subsunção, salvo alguma excepcionalidade justificável. No outro extremo, encontram-se os princípios, disposições que somente se materializam no caso prático. Entre um e outro, há inúmeros dispositivos que regulam matérias sem a força da regra, mas também sem apelos profundos aos princípios constitucionais.

São casos em que o legislador regulou a matéria com generalidade e abstração, cabendo ao julgador analisar as particularidades do caso concreto para ver se é possível também a subsunção, ou a aplicação mitigada por princípios constitucionais, mediante criação judicial parcial. Em casos extremos, e com forte fundamento nos princípios maiores, é possível o julgamento *contra legem*. Trata-se de uma espécie de declaração de inconstitucionalidade da lei para o caso concreto – ainda que a lei, abstratamente considerada, seja constitucional.

Mesmo no caso do julgamento *contra legem*, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que “o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo. Somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, destarte, não pode ser invocado

²⁰ CAMBI, 2009, p. 87.

contra o objetivo da tutela desses direitos".²¹ Ademais, sem ignorar as diferenças, é certo que "a liberdade de exegese, atribuída aos magistrados, não surgiu recentemente, sustentaram-na aca-
tados romanistas", que consideravam que era dever do magistrado não só observar o texto legal, mas "inquirir a vontade, ou intenção, do respectivo prolator".²²

Além disso, "a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha – *naturalmente* – no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque, supostamente, estaria situado à *margem da lei*".²³ Marinoni²⁴ assim acrescenta:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava a *norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

Diante do analisado, sendo a lei literalmente aplicada, os precedentes jurisprudenciais somente servem para confirmar o legislador. Mas não havendo aplicação literal, quanto mais se avançar na criação jurídica, mais se particulariza a situação e menor é a possibilidade de a decisão ser replicada.

Contudo, independentemente da aplicação literal ou da criação, não resta dúvida de que a decisão judicial, ao misturar todos os elementos gerais e específicos, cria uma regra para o caso em análise, até porque as regras, como visto, ditam uma conduta, enquanto os princípios servem para subsidiar o julgador na decisão. A construção, inclusive, afasta a ideia de que o trabalho do hermeneuta é revelar a verdade contida na lei, uma verdade que sempre teria estado lá. Criar é colocar o direito em exercício, seja pela lei ou por princípios. Com ressalta Cambi, "não se pode ignorar que a norma não é produto apenas de uma *interpretação cognitiva*, mas também de *ato volitivo* do aplicador do texto jurídico".²⁵ Se "é impossível ao intérprete realizar sua atividade sem ler a lei"²⁶, isso também não é o bastante.

²¹ CAMBI, 2009, p. 193.

²² MAXIMILIANO, 2006, p. 52.

²³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2004, p. 89.

²⁴ MARINONI, 2006, p.99 apud DIDIER JR., 2009, p. 72.

²⁵ CAMBI, op. cit., p. 121.

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

Regulando uma situação específica e concreta, não resta dúvida de que os precedentes jurisprudenciais são regras, e não princípios, realidade da qual não pode fugir o julgador.

4 Aplicação dos precedentes jurisprudenciais

Sendo os precedentes jurisprudenciais regras, sua aplicação é absolutamente restrita e se dá por subsunção. Não se pode falar em interpretação dos precedentes, porque não é neles que está a essência, mas sim nos fatos, na lei e na Constituição. Pensar diferente seria alçar a jurisprudência à condição de lei, com o agravante de ser lei no sentido dado pelo Estado Liberal, ou seja, de verdade inquestionável.

A impossibilidade de interpretação, nesse caso, não se dá porque o precedente é uma verdade indiscutível, mas sim porque o precedente regula uma situação específica. Se o caso em análise não for similar ao do precedente, não há que se falar em interpretação, mas em não aplicação. Constatada a incompatibilidade, cumpre ao julgador abandonar o precedente e buscar o método interpretativo adequado para reiniciar seu trabalho.

Logo, não podem ser aplicados precedentes com base apenas na ementa, nem súmulas com espeque apenas no enunciado. A questão da súmula é ainda mais complexa porque, após sua publicação, de forma indevida, ela adquire vida própria e se dissocia das razões que a embasaram, transformando-se em verdadeiro texto legal. Conforme Cambi, “o uso do precedente, na formação da jurisprudência, deve ser duramente criticado, porque reconduz a um *positivismo jurisprudencial judicial*”²⁷, fato que ganha relevo com o uso cada vez mais constante da jurisprudência:

Consequência inevitável da globalização, no plano cultural, é a *circulação dos modelos jurídicos de civil law e de common law*. Neste sentido, o ordenamento constitucional-processual brasileiro, mediante reformas recentes, vem adotando mecanismos que privilegiam o uso da jurisprudência como técnica de agilização processual.²⁸

A nova sistemática do Código de Processo Civil (CPC) valoriza os precedentes, inclusive impedindo recursos que contrariem a jurisprudência dos Tribunais²⁹, além da instituição, por meio da EC

²⁷ CAMBI, 2009, p. 155.

²⁸ Ibidem, p. 145.

²⁹ Conforme artigo 518, § 1º do CPC: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” e artigo 557, também do CPC:

45/2004, da súmula vinculante no âmbito do STF³⁰, e do julgamento único para recursos repetitivos.³¹ Contudo, assim como a jurisprudência, a súmula tem que ser avaliada diante das reais circunstâncias em que foi editada, de forma a delimitar a abrangência e os efeitos.

Nesses termos, cumpre aos operadores do Direito avaliar cuidadosamente os precedentes de forma a se certificar de que as circunstâncias fáticas são similares e, somente então, aplicar o precedente ao caso em exame, ou justificar sua não aplicação.

Ressalte-se que o reforço na utilização dos precedentes, em especial dos Tribunais Superiores, é bem-vindo ao ordenamento jurídico, já que garante maior estabilidade nas relações e certeza jurídica. O que se discute é a aplicação não criteriosa da jurisprudência.

5 Busca da efetividade e eliminação de processos

Conforme exposto, o Direito atual busca a efetividade da Constituição em determinado momento histórico e, por conseguinte, a realização da justiça, rompendo os obstáculos do formalismo. Para atingir tal finalidade, o julgador deve libertar-se da lei e analisar o caso concreto, dele extraindo a solução justa, tendo como amparo os princípios constitucionais para que a decisão não seja personalista. Conforme Canotilho³²:

Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia a soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a

“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

³⁰ De acordo com o artigo 2º da EC 45/2004: “[...] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

³¹ Conforme artigo 543-C do CPC: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

³² CANOTILHO apud LENZA, 2009, p. 96.

<<atualização>> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Diante de tal escopo, mesmo julgamentos *contra legem* são admitidos, uma vez que a lei não pode ser obstáculo à realização da justiça, nem pode sobrepor-se à Constituição. Diga-se, por oportuno, que aqui falamos da constitucionalidade no caso em exame, situação que não guarda semelhança com a análise da constitucionalidade em abstrato, e mesmo com o controle difuso como ordinariamente visto, uma vez que, como regra, tanto o controle difuso quanto o abstrato analisam a lei em tese, variando apenas os efeitos da decisão. Na situação em exame, são as características de fato que provocam a inconstitucionalidade (por ação ou omissão) e exigem a construção de regra constitucionalmente válida.

Tal efetividade, preconizada por tantos doutrinadores, sofre fortes golpes em face do volume de processos no Judiciário pátrio. Na ânsia de reduzir o acervo, contrariam-se as tendências e a forma sobrepõe-se ao conteúdo. O formalismo faz o certo virar errado e o errado virar certo, o que não condiz com a ciência jurídica moderna, que prima pela realização do direito material:

O neoprocessualismo, destarte, implica coragem para romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos, concebendo o processo como um mero veículo da tutela dos direitos materiais. Para tanto, é preciso ter percepção aguçada para, na medida do possível, ampliar o alcance dos princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais.³³

Seja por impossibilidade temporal, seja por vontade deliberada, os precedentes jurisprudenciais, especialmente os sumulados, são aplicados desenfreadamente, sem maior análise das situações que os geraram, provocando graves injustiças. A redução do número de processos não pode se dar a qualquer preço.

Outra situação observada é a criação de exigências que têm como única finalidade evitar a subida de recursos. É o caso da recém-editada Súmula 418/STJ: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Se, havendo um acórdão, é possível apresentar recurso especial ou embargos de declaração, a parte que se sente lesada em matéria infraconstitucional, mas que não vislumbra omissão, contradição ou obscuridade, pode apresentar recurso especial. Uma vez

³³ CAMBI, 2009, p. 177.

manifestada a vontade, volta-se ao princípio do impulso oficial do processo.

O entendimento sumulado, sem razão, inverte a lógica processual – e mesmo a geral. Uma vez manifestada uma vontade (recorrer), tal vontade somente é elidida se os fatos se alterarem de forma a destruir a situação existente no momento em que se manifestou essa vontade (um acolhimento dos declaratórios que torne aquele recurso absolutamente desconectado com o processo) ou se há nova manifestação dessa mesma vontade, mas em sentido inverso (desistência do recurso).

O que temos, no caso, é que uma vontade manifesta, sem qualquer razão, perde eficácia, devendo ser reiterada. Não deveria ser necessário reiterar o que está dito, o explícito. Não deveria ser necessário juntar mais um documento ao processo, com todo o custo que isso representa, em especial porque a decisão abrange qualquer resultado para os declaratórios, ou seja, mesmo que a decisão recorrida mantenha-se intacta, é preciso reiterar o recurso. Ainda que os declaratórios alterassem a decisão, deveria o Judiciário aproveitar o recurso naquilo que fosse possível.

A redução de acervo não pode erodir a efetividade do processo e a justiça. Com a devida vênia, não é o caso de criação judicial, mas de invenção.

O legislador tem-se demonstrado atento às necessidades do Judiciário, promovendo grandes alterações no CPC para beneficiar a celeridade sem perda da segurança jurídica e efetividade, inclusive constituindo comissão de juristas para a elaboração de um novo CPC. Esse nos parece o melhor caminho, e não a criação de disposições que não encontram respaldo nos ditames da justiça.

Nessa senda, o reforço das decisões dos Tribunais Superiores é uma das melhores alternativas, já que algumas análises são o bastante para que muitas ações sejam concluídas, propiciando justiça, celeridade e segurança.

Conclusão

Os precedentes jurisprudenciais, sumulados ou não, são regras de direito e, como tal, têm aplicação clara e restrita. Clara porque a regra é peremptória na conduta indicada, e restrita porque somente podem ser utilizados se a situação fática do caso em análise for similar à do analisado.

A despeito disso, amiúde os precedentes são aplicados com base na ementa, e as súmulas, com fulcro no enunciado, sem que seja observado o caso que engendrou o precedente, podendo provocar graves injustiças.

Cumpra aos operadores do Direito analisar os fundamentos e as situações fáticas dos precedentes, para que sejam aplicados somente quando o enquadramento for correto, sob pena de serem perdidas duas inestimáveis conquistas do Direito moderno: a efetividade da Constituição e a justiça nas decisões judiciais.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DIDIER JR., Fred. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. Salvador: Jus Podium, 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** – Processo de conhecimento. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.