

O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS¹

*THE INSTITUTE OF GENERAL REPERCUSSION AND THEIR INFLUENCE ON
THE DUTY TO GIVE REASONS FOR DECISIONS*

Edgar José Galilheti²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do princípio do livre convencimento motivado e a independência jurídica dos juízes – breve análise e crítica; 2. Common law e Civil law – dois sistemas em aproximação?; 3. Aspectos relevantes do instituto da repercussão geral e o princípio da independência jurídica do juiz; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Este artigo trata da possível influência exercida pelo instituto da repercussão geral sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais. A questão que se pretende responder é: “em que medida o instituto da repercussão geral afeta o dever de fundamentar as decisões judiciais?”. Para responder a tal questionamento, num primeiro momento serão descritos elementos caracterizadores desse novo instituto no ordenamento processual civil brasileiro para, posteriormente, verificar a sua relação com a exigência do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O método utilizado no estudo foi o indutivo. As conclusões são de caráter prescritivo.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão Geral; Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, Hermenêutica e Argumentação Constitucional.

¹ Adaptação de artigo apresentado como requisito parcial para obtenção de conceito na disciplina HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL, ministrada pelos professores CLÁUDIA ROSANE ROESLER (Doutora) e MARCOS LEITE GARCIA (Doutor) do curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Linha de Pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito; Área de Concentração: Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito), mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, especialista em Direito Processual pela UFSC, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, professor de Direito Processual Civil na graduação e na pós-graduação. Contrato: advocacia.388@gmail.com

ABSTRACT: This article focuses on the possible influence of the institute of general repercussion on the duty to establish a basis for judicial decisions. It poses the question: "how far does the institute of general repercussion affect the duty to give reasons for judicial decisions?" To answer this question, it first describes the elements that characterize this new institute in the Brazilian civil procedural system, then determines its relationship with the requirement of item IX of article 93 of the 1988 Constitution of the Federal Republic of Brazil. The inductive method was used for this study, presenting the conclusions in prescriptive form.

KEYWORDS: General Repercussion; Principal of Motivation of Judicial Decisions; Hermeneutic and Constitutional Argumentation.

INTRODUÇÃO

No Brasil se vive, atualmente, um momento importante diante da iminência de nova alteração no Código de Processo Civil. Percebe-se uma mudança nas relações entre o juiz e as partes, especialmente no que diz respeito à individualização das demandas, pois o "julgamento por amostragem" é uma das estratégias que vem sendo adotada pelas reformas.³

Na realidade a mudança já vinha ocorrendo através de alterações pontuais na legislação extravagante e no próprio Código de Processo Civil (1973), especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 que - entre outros mecanismos - deu embasamento constitucional para instituição da súmula vinculante e da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, e a sistemática de julgamento de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tais institutos, em seu conjunto, acabam fortalecendo uma sistemática positivista na fundamentação das decisões judiciais, pois o juiz se limita, em

³ Em estudo patrocinado pelo Ministério da Justiça, pela Secretaria de Assuntos Legislativos e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD e coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, pode-se ler que: "A nova sistemática da repercussão geral opera, portanto, como um "filtro recursal", capaz de reduzir significativamente - como de fato, tem reduzido - a quantidade de recursos julgados pelo STF anualmente. Além de operar como esta espécie de "filtro", a sistemática, tal qual construída juridicamente, é complementada pela possibilidade de julgamentos 'por amostragem' de recursos com repercussão geral reconhecida. Por meio do julgamento por amostragem, a decisão tomada pelo STF quanto ao mérito de questão constitucional de reconhecida repercussão geral deve ser reproduzida nas instâncias inferiores, estimuladas a aplica-la a todos os recursos extraordinários que apresentem idêntica questão (é dizer, a toda uma amostra de recursos que tratem de idêntico problema jurídico)." Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>. Consulta efetuada em 15.03.2012.

apertado juízo de subsunção, a aplicar ao caso concreto a decisão tomada num *leading case*⁴, sem que se lhe exija análise profunda das particularidades que envolvem a demanda *sub judice* – o caso concreto.

Essa cultura “estandardizada e reprodutiva” acaba sendo reforçada diariamente nos Tribunais pátrios, pelo culto à jurisprudência, como fonte onipotente e onipresente da criação jurídica.

No projeto de Código de Processo Civil (PL 8.046/2010) que está sendo gestado, parece que tal tendência será potencializada por mecanismos que fortalecerão a preponderância do entendimento dos Tribunais sobre as demais fontes do direito.⁵

Fica evidente, portanto, que nessa nova sistemática, a força da jurisprudência será privilegiada, a ponto de se criarem formas de desestímulo aos recursos [como a “sucumbência em segundo grau” (§7º do artigo 87 do PL 8.046/2010)]⁶.

Postas as coisas dessa maneira, surge a pergunta que se pretende responder no presente artigo: “em que medida o instituto da repercussão geral afeta o dever de fundamentar as decisões judiciais?”

Assim, para não se levar o presente artigo a dimensões que fogem ao seu objetivo, restringe-se a pesquisa ao instituto da repercussão geral no recurso

⁴ Compreende-se como *leading case*, aquela causa que foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, na forma do que prevê o artigo 543-A do Código de Processo Civil; vez que, na forma do § 1º do artigo 543-B, igualmente do CPC, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

⁵ Lenio Luiz Streck, em monografia onde analisa a eficácia, o poder e a função das súmulas, é enfático em afirmar que: “as Súmulas tem uma dúplice função: além de reforçar o poder dos tribunais, por um lado representam a palavra final da jurisprudência acerca do sentido das normas; por outro, quando editadas contra a lei ou contra a Constituição, quebram a dicotomia legislação-jurisdição a partir da concentração do processo de produção-decisão das normas em um único órgão”. E, segue afirmando que: “desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, a sua particular interpretação, fruto da (re) definição do intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 279.

⁶ Patrícia Perrone Campos Mello, após analisar a função desempenhadas pelos precedentes no Brasil, afirma textualmente que: “Constata-se assim, que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, lhe confere efeitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis. Este fenômeno sugere o reexame dos tipos de eficácia reconhecidos aos precedentes brasileiros e da forma de operar com eles.” MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

extraordinário, como base paradigmática dessa tendência; sem deixar, no entanto, de incursionar, eventualmente, por outros mecanismos que reforçam em nosso ordenamento jurídico a cultura do *stare decisis* horizontal ou vertical⁷ -
8 - 9.

1 DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DOS JUÍZES – BREVE ANÁLISE E CRÍTICA

O artigo 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil é claro ao prever que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos; e fundamentadas todas as decisões, pena de nulidade, (...)”.

Segundo Nelson Nery Junior¹⁰, estribado em José Carlos Barbosa Moreira: “... a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente...”

Afirma o mesmo autor que a necessidade de motivação das decisões judiciais é de tradição no direito luso-brasileiro, tanto que as Ordenações Filipinas (Livro III,

⁷ Tradicionalmente, a doutrina do *stare decisis*, tem origem no direito inglês, e decorre da expressão latina: “*stare decisis et non quieta movere*”. Em apertada síntese, serve para significar que as decisões judiciais não devem ser modificadas e vinculam outras decisões que venham a ser prolatadas no futuro. Assim, o *stare decisis* horizontal, significa a vinculação dos juízes do mesmo tribunal e em sentido vertical, as decisões das Cortes superiores vinculam as das Cortes inferiores.

⁸ A esse respeito, interessante observar-se voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Melo, no julgamento do Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 179.560/RJ, em 23.04.1996, que demonstra o entendimento da Corte (STF) naquela época, sobre a súmula e a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Diz: “A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. A Súmula, em conseqüência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado “binding effect”, ao contrário do que se registra, no sistema da “Common Law”, por efeito do princípio do “*stare decisis et non quieta movere*”, que confere força vinculante ao precedente judicial. - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como “pauta vinculante de julgamento”, há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários, nas decisões que venham a proferir.”

⁹ Ver a esse respeito, também: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. **O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. p. 116-118.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT. 2002. 265p. p. 180.

Título LXVI, nº 7) diziam expressamente ser dever do juiz motivar suas decisões; preceito esse que foi seguido pelo art. 232 do Regulamento 737, de 1850.¹¹

A matéria continuou figurando como exigência na legislação infraconstitucional, até que no Código de Processo Civil vigente, veio insculpida no artigo 458, inciso II.

Para Antônio Cláudio da Costa Machado¹², o fundamento ou motivação da sentença é requisito diretamente ligado ao princípio do livre convencimento (art. 131 do CPC) e é exigido pelo sistema processual, por três razões: (a) primeiro, porque a sentença é ato de vontade, que não deve convencer somente as partes do processo como também a população, por se traduzir em ato de justiça; (b) segundo, porque a exigência de motivação demanda do juiz o exame detalhado dos fatos do processo; e (c) terceiro, porque somente a motivação da sentença permite ao tribunal, mediante recurso da parte vencida, analisar a justiça e/ou acerto da decisão impugnada.

Nelson Nery Junior¹³, a seu turno, afirma que se justifica a exigência de fundamentação das decisões judiciais, pela da necessidade de comunicação judicial, de exercício de lógica e atividade intelectual do juiz e pela necessidade de sua submissão a princípios de natureza constitucional insculpidos na Constituição (independência jurídica do magistrado).

É de se observar que ambos os autores citados parecem alinhar seu pensamento no sentido de que o dever de motivação das decisões judiciais está intimamente relacionado com o princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Sob o ponto de vista do direito infraconstitucional, o princípio do livre convencimento do juiz (Princípio da Persuasão Racional), encontra assento no Código de Processo Civil, nos artigos 131, e 458, II. O primeiro prevê que “o juiz apreciará livremente a prova, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”; e o segundo prevê serem requisitos essenciais

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 181.

¹² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, **Código de processo civil interpretado**, p. 777.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 183.

da sentença: “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.¹⁴

Pela sistemática do Código de Processo Civil de 1973, ao juiz é garantido o livre convencimento, que não se refere apenas à interpretação dos fatos que lhe são postos pelas partes na fase instrutória do feito, mas também diz respeito à possibilidade de “livremente” interpretar o direito, desde que fundamente suas decisões.

A questão que parece estar resolvida no campo do direito infraconstitucional, no entanto, está longe de sê-lo, no campo da teoria processual da decisão jurídica.

É que juntamente com a perspectiva da efetividade (no sentido de que o processo existe para solucionar conflitos entre as pessoas), emerge a perspectiva filosófica da decisão justa e da decisão correta.

Sob a ótica do livre convencimento motivado poder-se-ia supor, por exemplo, que uma decisão ainda que “incorreta”, teria validade não apenas formal, mas também material, se fosse devidamente fundamentada. Ou seja: pouco importaria o “conteúdo” da decisão, desde que a mesma possuísse “fundamentação”.

Tal perspectiva, no entanto, não satisfaz a necessidade do critério de justiça, inerente ao próprio conteúdo da decisão.

Ronald Dworkin analisa a possibilidade da existência de uma única resposta correta às questões jurídicas complexas, afirmando que: *mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad politica.*¹⁵

¹⁴ Aqui, é de se dizer, não se pretende incursionar no âmbito da Teoria Geral do Processo, para esmiuçar em profundidade a amplitude de princípio de natureza infraconstitucional, se bem que como corolário do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, serve para compreender melhor este. De qualquer forma, o fato é que a lei processual garantiu ao juiz a livre interpretação da prova, desde que fundamente suas decisões.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. 508p. p. 396.

Em outro momento, o mesmo Ronald Dworkin lança um questionamento intrigante: *¿Los juices siempre siguen las normas, incluso em casos difíciles y contovertidos, o establecen algunas veces normas nuevas y las aplican retroactivamente?*¹⁶

Katharina Sobota defende que “do ponto de vista retórico, o silogismo não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal”. Para ela: “um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, nunca se permite citar a maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão”.¹⁷

A sistemática processual vigente, ao lado de garantir ao juiz o livre convencimento motivado, exige do mesmo que não se furte de julgar causas que sejam postas à sua apreciação, na forma da previsão do artigo 126 do Código de Processo Civil, que diz que: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

Rosemiro Pereira Leal¹⁸ sustenta que a proibição do *non-liquet* acaba criando o que chama de “fetiche da missão social da decisão”. Afirma ele que essa miscelânea metodológica acaba criando falsas expectativas sobre as reais possibilidades do juiz.¹⁹

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. p. 47.

¹⁷ SOBOTA, Katharina, **Don't Mention the Norm!** International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 61. Afirma textualmente que: “As decisões silogísticas que orientam a proibição do non-liquet nas legislações modernas emanaram da combinação artificial do método exegético dos franceses (idolatria das leis), pandectista dos alemães (culto do corpus-juris) e analítico dos ingleses (empirismo da indução-dedução) dos séculos XVIII e XIX, implantadores da hermenêutica dogmatizada em que a decisão dos juizes (judges made law) do common Law dos ingleses, como síntese silogística das premissas legais do exegetismo do civil Law dos franceses e dos alemães, poderia, com base no princípio da compulsoriedade decisória necessária à unidade dos sistemas jurídicos, resolver os conflitos por valores jurisprudenciais paralelos ao mundo rígido das leis.” **Repercussão geral e o sistema brasileiro mde precedentes**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>, consulta efetuada em 15.03.2012.

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. p. 61-62. “Por esse hibridismo metodológico, os juizes sábios e omnicompreensivos seriam os moralizadores da lei quando esta fosse insuficiente para traduzir o espírito popular (Volksggeist) e fazer justiça (John Austin, Savigny, Uchata, Windscheid). Somem-se a essa estranha metodologia aquelas em que só os juizes descobrem a teleologia da lei (Ihering, Holmes e François Geny) ou até mesmo ficando em lugar da lei (Ehrlich, Kantorowicz, Philipp Heck), porque se rotulam intérpretes sensitivos das leis sociais e humanas, cabendo-lhes privilegiada construção de uma jurisprudência de interesses vitais da sociedade. Essa corrente, dita histórica, de juizes

No Brasil, é de se dizer que - diante de tudo quanto foi posto anteriormente sobre as intenções do novo Código de Processo Civil, e também pelas mudanças que já vinham ocorrendo na sistemática vigente - as decisões das Cortes superiores assumirão, talvez, a posição de "principal fonte do direito". E quais as implicações disso? Pretende-se discutir mais adiante.

A nova realidade processual brasileira privilegiará (como de fato já o vem fazendo) os entendimentos dos Tribunais Superiores²⁰, daí a dúvida sobre qual relevância terá em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado, especialmente no que se refere à independência jurídica do juiz. Afinal de contas, até que ponto a jurisprudência dos tribunais passa a não mais ter efeito meramente "persuasivo", passando a ser eminentemente "vinculante" para os juízes?²¹

Para responder a esse questionamento deve-se entender que o princípio da independência jurídica do juiz constitui-se em garantia constitucional do magistrado, que não deve sofrer qualquer influência em sua atividade judicante, garantindo-se-lhe o direito de, em acordo com sua inteira convicção e com base na prova dos autos, decidir as demandas que lhe são apresentadas para julgamento. O princípio da independência jurídica do juiz está intimamente

sábios e omnicompreensivos, é que se habilita a proferir decisões justas e acertadas e a influenciar outra escola do pensamento judiciarista denominada Jurisprudência Sociológica Norte-americana, casuística e empirista, que teve em Roscoe Pound a figura exponencial dessa miscelânea metodologista por critérios lógico-histórico-personalistas e experimentais (John Dewey, Hohn Gray). Não seria impertinente incluir Alf Ross e Herbert Hart, embora em contraponto à visão de Barzotto, na lista dos realistas-judiciaristas, porque ambos, não obstante considerados positivistas, achavam que a decisão judicial cumpria missão social como veículo constitutivo de direito (sententia fecunda) e de certeza conferida por um reconhecimento da validade oriunda da alteridade coletiva."

²⁰ Há que se observar, contudo, que o instituto da repercussão geral ainda não está completamente sedimentado em nosso ordenamento jurídico, tanto que Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza (coordenadores) são enfáticos em afirmar que: "Importantes decisões quanto ao instituto da repercussão geral têm sido tomadas pelo STF no julgamento de casos concretos, em especial nas questões de ordem levadas ao Plenário. A partir de verificação das dificuldades enfrentadas no julgamento dos casos concretos, os ministros têm consolidado soluções e refletido sobre novos mecanismos para lidar com os entraves do sistema recursal brasileiro. Os debates nestes julgamentos evidenciam que subsistem, ainda, muitas questões a serem solucionadas com relação ao regime da repercussão geral, o que denota que tal instituto continua em evolução e construção. In: **Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes**. Relatório final da pesquisa (simplificado). Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>, consulta efetuada em 15.03.2012.

²¹ Veja-se a esse respeito que desde a EC 03/1993, que inseriu o § 2º no artigo 102 da CF/1988, já se entende que: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo..

relacionado com a própria exigência de imparcialidade, que deve marcar a atuação do juiz e se constitui em pressuposto básico da atuação jurisdicional no processo.

Talvez a virtude não esteja, também, naquilo que Lenio Luiz Streck chama de "loteria de caráter finalístico"²², contudo não se pode descuidar da independência jurídica do magistrado.

Evidente que tal concepção de independência tem sofrido abalos (ao menos no ordenamento jurídico brasileiro), diante de inúmeras alterações na legislação de regência, que impôs certo "controle" sobre o conteúdo das decisões judiciais pela criação de mecanismos que submetem as sentenças ao crivo do que se denominou "jurisprudência dominante".

Essa tendência já podia ser vista, no âmbito constitucional, desde a EC 03/93 e, no plano infraconstitucional, desde 1998, pela redação artigo 557 do Código de Processo Civil (alterado pela Lei 9.756/98), que previu expressamente que o relator, monocraticamente, pode negar seguimento a recurso que, entre outras coisas, esteja "em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", bem como dar provê-lo se for a decisão recorrida que "estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".²³

Já se via, aí, então, uma "tendência" de submissão das decisões judiciais ao entendimento das Cortes superiores, ainda que nunca se tenha tido uma definição legal do que, exatamente, seja uma "jurisprudência dominante".

Talvez pela dificuldade dessa definição, de acordo com o documento enviado pela Comissão responsável pela reforma do Código de Processo Civil ao presidente do Senado, fica retratada a intenção de, mesmo mantendo o artigo 557, substituir-se a expressão "jurisprudência dominante" por outros termos "mais fluídos"

²² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 110p. p. 48.

²³ Na conformidade da redação do art. 557, § 1º A, do CPC, que lhe foi dada pela Lei 9.756/1998.

(conforme consta do documento), tais como: “entendimento consoante à súmula dos Tribunais Superiores ou a decisão representativa da controvérsia, tomada com base no regime dos atuais artigos 543-B e 543-C”.²⁴

Outros mecanismos vieram sendo inseridos, paulatinamente, na ordem processual civil (súmula vinculante, súmula impeditiva, sentença vinculante, recursos repetitivos), para sedimentar essa espécie de abrandamento do princípio da independência jurídica do juiz, até que se chegou, nos dias atuais à previsão de **retratação** dos juízos inferiores diante da decisão proferida em julgamento de processo submetido ao rito da repercussão geral ou dos recursos repetitivos.²⁵

Essas alterações deixam evidente que em nosso sistema jurídico até então fiel aos esquemas da *Civil Law*, passam a ser inseridos pressupostos e conceitos eminentemente relacionados ao sistema da *Common Law*.

Essa consciência exige, então, a análise do problema inicialmente posto sob uma nova perspectiva: a da verificação (ainda que elementar) dos elementos diferenciadores de um e de outro sistema jurídico, para melhor compreender essa aproximação.

2 COMMON LAW E CIVIL LAW – DOIS SISTEMAS EM APROXIMAÇÃO?

Em vista dos limites deste artigo, a verificação das diferenças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* ficará restrita à análise do papel desempenhado pela jurisprudência, na fixação desses pontos controvertidos.

De há muito tempo Mauro Cappelletti percebeu uma aproximação entre os sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*; indicando como causa o fenômeno da “criatividade da função judiciária”²⁶ – ²⁷.

²⁴Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/Comiss_Juristas_Novo_CPC.pdf. Consulta efetuada em 14.03.2010.

²⁵ Ver a esse respeito o que preveem os §§ 3º e 4º do artigo 543-B e § 7º do artigo 543-C, ambos do Código de Processo Civil vigente.

²⁶ Ver a respeito em CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Especialmente § 8º, §14º e §15º.

Aliás, para Cappelletti, a possibilidade de criação judicial do direito não é um fenômeno a ser comprovado, pois entende que em maior ou menor medida, o juiz, ao realizar o seu *mister* estará sempre criando o direito. Para ele, o fenômeno da criação judicial do direito é “um fenômeno banal”²⁸.

Alerta, ainda, Mauro Cappelletti que, nada obstante haja uma tendência de aproximação entre os dois sistemas, antes de se propugnar a ocorrência dessa inclinação em determinado país, seria necessário avaliar sua situação *específica* e sua concreta posição no âmbito da tendência evolutiva relativamente universal ²⁹
- 30 .

Afirma, em arremate, que de fato há vários anos ocorre um poderoso movimento recíproco de aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, e isso se observa, entre outros aspectos, pela criação de tribunais constitucionais na Áustria, Alemanha, Itália e Espanha, com características profundamente diversas das tradicionais Cortes superiores das nações da *Civil Law*, mais assemelhadas às da *Common Law*, especialmente no que diz respeito ao controle judiciário das leis; semelhança essa que fica mais evidente se se pensar no efeito *erga omnes* das decisões dessas novas Cortes constitucionais.³¹

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 116. Nesse sentido, afirma textualmente: “Apresso-me em advertir não constituir propósito das páginas que seguem sugerir, inteiramente, a existência de um profundo fosso entre as maiores famílias judiciais do mundo contemporâneo. Tal fosso, se acaso existiu, vem sendo superado pelo menos em parte, como de resto confirmado pelo próprio fato, repetidamente observado, de que, em linha de princípio, os resultados deste estudo – sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época, etc. – aplicam-se a ambas as famílias jurídicas”

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Premissa (sem indicação de página).

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 112.

³⁰ Para essa verificação, algumas questões devem ser respondidas: (...) que tipo de judiciário existe em determinado país e qual seu grau de independência em relação ao executivo? Como são organizados e operam os Tribunais Superiores? É realístico esperar que tais cortes exerçerem, de maneira razoável, mais alto grau de discricionariedade que lhes fosse atribuído? Quais seriam as reações a tal discricionariedade e o vigor dos preconceitos contrários? Existe desequilíbrio na distribuição dos poderes e, em caso afirmativo, é realístico esperar que os juízes possam e desejem lançar, por assim dizer, o próprio peso sobre o prato da balança, para alcançar melhor equilíbrio? CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 113.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 126.

René David, ao seu turno, embora também reconheça esse traço de aproximação entre as duas grandes famílias jurídicas, não vê na criatividade da função judiciária³² a causa desse movimento.

Patrícia Perrone Campos Mello, após analisar essa possível aproximação dos dois sistemas, conclui pela "existência de diversos pontos de abertura do sistema romano a instrumentos e concepções oriundos de países da Common Law"³³,

É verdade que o reconhecimento de repercussão geral criado no Brasil não é novidade tanto nos países da *Common Law*, quanto nos países de tradição de *Civil Law*. Tanto isso é verdade que além do *writ of certiorari* estadunidense, pode-se citar, como modelos que se assemelham ao brasileiro: o da Alemanha (*Verfassungsbeschwerde*); o da Espanha (*recurso de amparo*); o da Argentina (*certiorari* – em vista da reconhecida inspiração no modelo estadunidense); podendo-se mencionar, ainda, a existência de institutos semelhantes na Inglaterra, no Canadá, na Austrália e no Japão.³⁴

Nem mesmo no Brasil, o sistema de filtro parece ser uma novidade, já que, conforme afirma Ivo Dantas: "o requisito formal para conhecimento do recurso extraordinário, que hoje aparece com a denominação de repercussão geral, apesar de pequenas diferenças, em essência tem o mesmo conteúdo da arguição

³² René David afirma textualmente que: O lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à common law e igualmente diferencia os direitos da família romano-germânica dos direitos socialistas. (...) O papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode precisar-se em ligações com o da lei. Verificando-se a propensão atual dos juristas, em todos estes países, nos nossos dias, para procurarem apoio num texto de lei, o papel do criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma interpretação da lei. Só excepcionalmente os juristas se afastam desse hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador das regras de direito. Eles persistem na sua atitude de submissão quotidiana à lei, ainda que o legislador reconheça, expressamente, que a lei pode não ter previsto tudo. O juiz deve neste caso, nos nossos países, pronunciar uma decisão; não se pode refugiar atrás da fórmula do *non liquet*, como era permitido ao juiz na época romana, quando o direito era incerto. O art. 1º, al. 2 do código civil suíço formulou, para este caso, uma regra: o juiz deve estatuir como o faria se fosse ele o legislador; inspira-se nesta investigação, na tradição e na jurisprudência. O art. 1º do código civil suíço não é letra morta; acontece mesmo que os juízes descobrem, por vezes dum modo pouco artificial, lacunas na ordem legislativa para fazerem uso do poder que lhes é atribuído. Contudo, de um modo geral, ele tem sido pouco utilizado. Esta prescrição, que suscitou um tão vivo interesse dos teóricos do direito, parece ter introduzido, em definitivo, bem poucas modificações no direito suíço, no plano prático. A "livre investigação científica", preconizada por F. Gény, é exercida respeitando o dogma da plenitude da ordem legislativa; era mais simples observar esta ficção. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 117-119

³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. p. 54.

³⁴ Ver a esse respeito: DANTAS, Bruno. **Perspectivas Histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais**. pp. 108-211.

de relevância introduzida em nosso sistema pela EC 7/77, ou no âmbito do processo do trabalho, a transcendência do art. 896-A da CLT".³⁵ - ³⁶ - ³⁷

Ainda que não se tenha, aqui, o objetivo de comparar a repercussão geral com a arguição de relevância de questão federal, pode-se afirmar que o "novo instituto" possui uma amplitude muito maior que seu antecessor.

Nada obstante existam tendências que indiquem a aproximação das duas grandes famílias jurídicas, o fato é que elas ainda permanecem muito distintas e a própria concepção do direito vigente em cada uma delas é; se não diametralmente oposta, ao menos bem distinta no que diz respeito ao efetivo domínio hierarquizado das fontes do direito: enquanto na família da *Civil Law* ainda a lei permanece soberana, na família da *Common Law*, a criação judicial do direito assume esse posto.

No Brasil, no entanto, passa-se por um momento interessante diante dos mecanismos já existentes e dos que se anuncia serão implantados em matéria recursal. A força vinculante da jurisprudência (e não apenas sua força persuasiva) ameaça a lei como fonte primeira do direito. Se isso implica em que, no Brasil, se estará abandonando à *Civil Law* para assumir, francamente, uma forma de produção do direito mais ao estilo da *Common Law* é uma hipótese ainda a ser verificada.

O que se afigura certo, no entanto, é que as ferramentas da família jurídica da *Common Law* passam e passarão a ser utilizadas em uma configuração que nada tem a ver com a tradição histórica da formação do fenômeno jurídico, mas que diz mais respeito a uma incapacidade dos poderes instituídos em dar conta da crescente demanda judicial: o que se convencionou chamar de morosidade.

³⁵ DANTAS, Ivo. **Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/40811>, consulta efetuada em 16.03.2012.

³⁶ Ver também NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. p. 98-106.

³⁷ No mesmo sentido é o ensinamento de Sérgio Nojiri, que afirma: "Esse instituto (arguição de relevância da questão federal) que nada mais era do que um expediente utilizado para aliviar o enorme volume de recursos extraordinários enviados para o Supremo Tribunal Federal (...)". NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 71.

A Repercussão Geral no Recurso Extraordinário surge como um desses mecanismos “híbridos” que tem forte inspiração no *writ of certiorari*.

Importante ressaltar que a questão da morosidade está intimamente relacionada com o debate sobre a eficiência do sistema judicial.

A esse respeito, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, afirma que quando se trata da eficiência do sistema judicial, pode-se inferir que há pelo menos dois sentidos neste contexto, quais sejam: “1) como qualidade ou conteúdo das decisões de justiça (distributiva); 2) como justiça procedimental, ou seja, como as condições justas que deve seguir um procedimento para obter uma decisão.”

Segundo o mesmo autor, seria possível aduzir que há uma relevância de natureza político-jurídica quando se trata do princípio da eficiência, já que a eficiência do sistema judicial é uma das condições necessárias para a consolidação da democracia substantiva, na medida em que a democracia constitucional depende da democracia judicial.

Observa-se, então, que não é suficiente para solucionar o problema da morosidade, a simples implementação de mecanismos de barreira à atividade recursal das partes, já que com elas, apenas será possível obter uma “redução no volume de processos em tramitação”, não significando isso, necessariamente, que os feitos passem a tramitar com maior velocidade e nem que seja possível, com tal medida, alcançar um maior grau de eficiência na prestação jurisdicional.

É que, ao que parece, o problema encontra-se em searas mais profundas: na organização do Estado e no próprio ordenamento jurídico.

A simples criação de mecanismos que fortaleçam a força vinculante da jurisprudência aliando-os a procedimentos que impeçam a subida de recursos para as Cortes Superiores, parece não atingir o verdadeiro âmago do problema.

3 ASPECTOS RELEVANTES DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL E O PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ

É previsão clara aquela contida no § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, que: “julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização, ou turmas recursais, que poderão declarar-los prejudicados ou retratar-se”.

Por sua vez, o § 4º do mesmo artigo estabelece que: “mantida a decisão, e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

Percebe-se, portanto, que ao Tribunal de origem e, mais precisamente, ao juiz que firmou o entendimento contrário à decisão (posterior) do Supremo Tribunal Federal, cabe adequação de seu entendimento, àquele da Corte superior. Caso não o faça (não se retrate), o Supremo Tribunal Federal, liminarmente, poderá cassar ou reformar a dita decisão.

Observa-se assim, que o novo sistema recursal instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e pela legislação esparsa que regula a matéria, afetou de forma significativa a independência judiciária do magistrado; implicando, com isso, na necessidade de se retornar aos fundamentos e repensar o papel do juiz das instâncias inferiores, diante da nova realidade processual brasileira.

O que chama a atenção é que essa alteração paradigmática não tem como fundamento uma alteração social qualquer ou mesmo uma tendência evolutiva natural de aproximação entre as duas famílias jurídicas (*civil law* e *common Law*); procura-se justificá-la pelo excessivo número de demandas e recursos que têm aportado no judiciário brasileiro, nos últimos anos.³⁸

Quer dizer, tendo em vista que o Poder Judiciário não consegue mais desincumbir-se da quantidade de procedimentos postos para sua apreciação,

³⁸ Ver a esse respeito o já citado estudo patrocinado pelo Ministério da Justiça, pela Secretaria de Assuntos Legislativos e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, coordenado por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza, onde se pode ler que: “Aliado ao sistema de julgamento por amostragem de recursos extraordinários, o requisito da repercussão geral tem permitido que soluções adotadas para um único julgamento sejam aplicadas a outros feitos que versem sobre questões idênticas, contribuindo assim para a valorização da jurisprudência constitucional no país”. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>, consulta efetuada em 15.03.2012.

criam-se regras para desestimular o acesso ao judiciário³⁹, bem como são estabelecidos critérios de distinção - porque aqueles processos em que a questão constitucional não se revestir de transcendência e relevância, não poderão ascender para julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, a força normativa, a supremacia, e a aplicação uniforme da Constituição a todos os seus destinatários, também são atingidas por essa nova realidade recursal.

Assim, surge a questão: em que medida o instituto da repercussão geral afeta o dever de fundamentar as decisões judiciais?

Lenio Luiz Streck⁴⁰ define a situação com extrema simplicidade e profundidade, afirmando que: "o 'modo positivista de produção do direito' vigente no Brasil, depois de proporcionar uma espécie de 'estado de natureza hermenêutico', um verdadeiro caos interpretativo em que, literalmente, 'cada juiz decide como quer', estabeleceu um remédio 'amargo' para aplacar esse 'mundo da liberdade' decisionista, criando a súmula (Emenda Constitucional n. 45, de 2004) com caráter vinculante".

Já, no que diz respeito à justificativa que se oferece para sustentar ideologicamente as mudanças que estão sendo introduzidas (atenção ao princípio da "razoável duração do processo"); o mesmo Lenio Luiz Streck⁴¹ é enfático em afirmar que: "todas as alterações legislativas partem de um ponto comum: o de que a efetividade do sistema jurídico é um problema quantitativo, sendo suficiente, para estancar o 'caos', a criação de mecanismos que obstaculizem a tramitação de recursos". E, continua afirmando:

O acesso à Justiça? Que importância tem isso? Chegamos ao clímax nesses tempos de filosofia da consciência

³⁹ Seria o caso de se analisar, com mais cuidado, em outro momento, as implicações dessas mudanças com os preceitos do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º, da CF/88, bem como em relação ao princípio da igualdade, previsto no inciso I, do art. 5º da CF/88.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e política: Uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. p. 243, nota n. 11.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e política: Uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. p. 229.

extemporânea (isto é, o sujeito solipsista do esquema sujeito-objeto que resiste ao pós-positivismo) com a edição da Lei 11.276/06, ou seja, na medida em que fracassaram as leis anteriores (8.038/90, 9.756/95, para citar apenas estas), agora “delega-se” aos juízes o poder de impedir a “subida” de apelações. É o triunfo da metafísica no direito: não lidamos mais com casos, lidamos apenas com conceitos e teses. O custo disso é que perdemos aquilo que é exatamente a razão de ser do direito: o problema concreto.⁴²

Diante dessa cultura estandardizada de simples repetição de esquemas, soluções postas pelas Cortes Superiores, e de julgamentos em bloco, afinal de contas, que espaço resta para a hermenêutica jurídica, para a fundamentação das decisões judiciais?

O artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil exige, à pena de nulidade, que o juiz mencione os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para decidir a causa. Assim sendo, somente com a indicação precisa dos motivos que o levaram a tomar esta ou aquela decisão é que haverá condições de avaliar se todos os pontos controvertidos foram esclarecidos, se os fatos e circunstâncias da demanda foram efetivamente analisados e se todas as qualificações que dão corpo ao fundamento jurídico adotado como base da decisão encontram suporte no ordenamento jurídico.

Assevera Antônio Cláudio da Costa Machado⁴³ - ⁴⁴: “(...) observe-se que não basta ao juiz transcrever lições doutrinárias ou citar jurisprudência para ter como fundamentada uma sentença. É preciso que ele diga por que a lição ou a decisão referida tem aplicação à situação concreta. Se não disser, a sentença é nula por falta de motivação”.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e política: Uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. p. 229.

⁴³ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado e anotado**. p. 777.

⁴⁴ No mesmo sentido é o entendimento de NELSON NERY JUNIOR, para quem: “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, ou o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação. In **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 183.

Mas como será a argumentação de uma decisão de retratação, na forma do § 3º do artigo 543-B, do Código de Processo Civil?

Novamente Lenio Luiz Streck⁴⁵ fala na “fundamentação da fundamentação”, para dizer que ela é condição de possibilidade da legitimidade da decisão.

A conclusão a que se pode chegar, sob a ótica da hermenêutica e argumentação constitucional, é que a decisão judicial que apenas repete os argumentos de outra decisão proferida por instância superior, simplesmente aplicando a sua *holding* ou *ratio decidendi*⁴⁶ acaba por não realizar o comando contido no inciso IX, do artigo 93 da Constituição brasileira de 1988, e isso pelo simples fato de que decisões de tribunais superiores não deveriam ser consideradas proposições jurídicas.

Karl Larenz⁴⁷ é enfático em afirmar que: “a interpretação conforme a constituição se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei.” E, mais adiante, complementa: “só quando tiver o intérprete esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado, pode o juiz encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade. Nesse caso, deveria esclarecer que a valoração que pessoalmente encontrou o foi a esse título.”⁴⁸

Jerzy Wróblewski⁴⁹, ao seu turno, entende que a interpretação constitucional tem muitas funções, de acordo com quem seja o intérprete e quais sejam as instituições que determinam a validade das decisões interpretativas. Indica três funções: a) a função de orientação – que consiste em oferecer uma informação

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e política: Uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. p. 244. Citando GADAMER, afirma que: “(...) justificação/fundamentação aqui é entendida no plano da *applicatio* (...) porque interpretar é sempre um aplicar – e tem a função de evitar a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é a própria hermenêutica filosófica.”

⁴⁶ Ver a esse respeito: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. p. 54 118-132.

⁴⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 480-481.

⁴⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 489.

⁴⁹ WRÓBLEWSKI, JERZY. **Constitucion y teoria general de la interpretación jurídica**. p. 93-95.

sobre qual comportamento está de acordo com as regras constitucionais; b) a função de aplicação – que aparece na interpretação operativa da Constituição, quando suas regras são bases normativas de decisão, e; c) a função de controle – no caso de haver determinadas instituições cuja tarefa consista em controlar a observância da constituição.

Mais adiante, afirmando Jerzy Wróblewski ser a Constituição um ato político e legal, conclui que a interpretação constitucional, sob esse aspecto, é política em pelo menos dois aspectos: primeiramente, garante *ex definitione* a observância das regras constitucionais que possuem caráter político e, em segundo lugar, é política, quando determina os assuntos politicamente relevantes⁵⁰. Conclui afirmando que: “*si realmente 'la constitution demande à être interprétée', nuestro postulado consiste en que la interpretación constitucional debe presentarse como una decisión interpretativa apropiadamente justificada.*”⁵¹

No sistema pátrio, não se pode dizer que as súmulas (CPC, 543-A, § 7º) proferidas em recursos extraordinários dotados de repercussão geral possam ter caráter normativo, pois a estrutura desse ordenamento constitucional não permite que tal equiparação seja feita.⁵²

Ainda, Karl Larenz⁵³, quando trata da interpretação dos precedentes afirma textualmente que: “diferentemente do que ocorre com uma lei, à concepção

⁵⁰ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitucion y teoria general de la interpretación jurídica*. p.113.

⁵¹ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitucion y teoria general de la interpretación jurídica*. p. 114.

⁵² A esse respeito, Patrícia Perrone Campos Mello, divide os precedentes e, conseqüentemente as súmulas, em três categorias distintas: “(a) *precedentes com eficácia normativa* – decisões que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, sob pena de invalidade ou reforma; (b) *precedentes com eficácia impositiva intermediária*: julgados que não têm de ser obrigatoriamente seguidos, mas que são dotados de efeitos impositivos mais brandos, para além do caso julgado, não se podendo afirmar que possuem eficácia meramente persuasiva; (c) *precedentes com eficácia meramente persuasiva*: aqueles cuja invocação se presta apenas para fins de argumentação e de convencimento do magistrado. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. p. 104-105.

⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 506. O texto completo possui o seguinte teor: “Na interpretação de resoluções judiciais trata-se de reconstituir o processo de raciocínio do tribunal e de pôr a claro o alcance das ideias expressas, de as delimitar mais claramente, e também de separar os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só “adorno decorativo”. Diferentemente do que o que ocorre com uma lei, à concepção jurídica do tribunal, expressa nos fundamentos da resolução, não cabe qualquer validade normativa imediata. Por isso a meta da interpretação de uma resolução judicial não pode ser a averiguação de um sentido judicialmente determinante, tal como o é a meta da interpretação de uma lei. Se na fundamentação da sentença não se trata do estabelecimento de normas, mas de expressar uma concepção jurídica que foi claramente de importância decisiva para a resolução do tribunal neste caso – não se tratando

jurídica do tribunal, expressa nos fundamentos da resolução, não cabe qualquer validade normativa imediata”.

Um pouco mais adiante⁵⁴ o mesmo autor fala dos casos em que os Tribunais Constitucionais adotam a prática (segundo Larenz – “infelizmente”) de antepor às resoluções das teses formuladas ao jeito de proposições jurídicas. Diz, literalmente: “com a sua formulação ao jeito de proposições jurídicas, cria-se a aparência de que, desligadas da situação de fato resolvida, lhes cabe o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável”.

Novamente KARL LARENZ⁵⁵ é enfático em afirmar que (*mutatis mutandis*): uma concepção que valorize mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções, dá ensejo à redução da faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e nega o desenvolvimento aberto do Direito.⁵⁶

No caso brasileiro, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza identificam uma série de problemas com a implantação do regime da repercussão geral, mas chama atenção a conclusão a que chegam sobre a inexistência de mecanismos para revisão das teses. Afirmam: “há falta de previsão clara de instrumentos de revisão de tese, especialmente nos casos de ausência de repercussão geral”⁵⁷. Na prática isso não deixa de significar certa tendência de estagnação no pensamento jurídico jurisprudencial nacional.

apenas de um obiter dictum – e foi uma peça imprescindível na cadeia de fundamentação, a meta da interpretação só pode ser precisamente averiguar a concepção do tribunal, quer dizer, a opinião jurídica do juiz”.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 509. O texto completo possui o seguinte teor: “Tais teses não são outra coisa senão oscilações dos fundamentos da resolução, que, por seu lado estão referidos ao caso e carecem em grande medida de interpretação. Com a sua formulação ao jeito de proposições jurídicas, cria-se a aparência de que, desligadas da situação de facto resolvida, lhes cabe o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável. Desconhece-se assim que o juiz, que tem presente em primeira linha justamente o caso a decidir, está muito menos em posição de examinar todas as possibilidades futuras de aplicação da sua “tese” do que o legislador. O Supremo Tribunal Federal vê-se pois também a necessidade de restringir ou corrigir continuamente as teses por ele estabelecidas.”

⁵⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 521.

⁵⁶ Lenio Luiz Streck, tratando das súmulas, afirma que: “com a edição de uma súmula, fecha-se a possibilidade de outra interpretação. As súmulas, neste diapasão são uma forma de redução da complexidade do direito feita de forma unilateral, descontextualizada e a-histórica.” STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 286.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari e PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>, consulta efetuada em 15.03.2012.

O discurso justificador das mudanças é o de que um processo mais ágil aliado à vinculação do entendimento do juiz à jurisprudência das Cortes superiores trará a segurança jurídica.

Mas o que é a segurança jurídica? Para Luis Rescaséns Siches essa, talvez, seja a questão mais importante depois daquela que se dedica a perquirir qual é a função jurisdicional. Esclarece que uma segurança absoluta não existe, mas isso não aplaca o fato de que o propósito de certeza e segurança segue sendo um valor funcional do direito. Escorado em Roscoe Pound, explica que uma das antinomias do direito consiste precisamente em que este (o direito) deve servir a um propósito de certeza e segurança, e também às necessidades suscitadas pelas mudanças sociais e pelos desejos de progresso: *"el derecho debe ser estable y, sin embargo, no puede permanecer invariable"*.⁵⁸

A estratégia escolhida - como dito anteriormente - foi um remédio amargo; tão amargo a ponto de, pela criação de modelos de regulação processual, quase transformar o Judiciário em Legislador.⁵⁹

Diante de tudo quanto foi dito não se pode negar que, não apenas em vista do recurso extraordinário dotado de repercussão geral, mas também de toda uma nova sistemática recursal já em vigência e de toda a gama de medidas que deve aportar no ordenamento processual civil pátrio, a celeridade processual (se alcançada) somente será obtida a um alto custo social. Sim, porque mais do que um processo rápido, certamente, as partes querem um processo justo, e uma

⁵⁸ SICHES, Luis Rescaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. p. 293-303.

⁵⁹ Parece ser esta também a opinião de Mauro Capelletti, quando afirma que: Os tribunais, especialmente os superiores, bem podem ter, por exemplo, poderes de regulação processual, como de fato ocorre frequentemente nos países de Common Law. Não vejo 'por que razão deveria excluir, a priori, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar. Resta, todavia, o fato de que os juízes, quando exercem tais poderes de regulação, agem como legisladores, e não como juízes. (...) E, mais uma vez, operam com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa oriental, o poder de emanar "diretivas" gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com o determinado caso concreto. De resto não hesitarei em atribuir caráter legislativo, muito mais que judiciário aos obter dicta prolatados por certas cortes superiores dos países de Common Law, no caso em que tais dicta - que por definição ultrapassam o pedido da parte e não são necessários para a decisão do caso concreto - terminam por assumir, pelo menos de fato, eficácia vinculante erga omnes." CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** p. 80-81.

solução que leve em consideração as questões pertinentes à causa que está sendo julgada e não uma decisão *prêt-a-porter* (Lenio Luiz Streck).

Ademais, como afirma Dierle José Coelho Nunes: “o fetiche da rapidez procedimental não pode dimensionar e legitimar qualquer uso solitário e/ou autoritário da função social”.⁶⁰

Não fosse isso, como afirma o mesmo autor, o modelo pretendido pelas reformas no processo, não está levando em consideração alguns setores que estão ficando esquecidos. Segundo ele, não se busca uma infraestrutura institucional; esvaziando-se o papel formador das decisões, técnico e institucional, do processo, deixando a sua estrutura problematizante para um segundo plano; torna-se massificantes as decisões judiciais; buscando-se ainda, a sumarização dos procedimentos. Tudo isso, sem nenhum objetivo socializante.⁶¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão inicialmente posta foi: em que medida o instituto da repercussão geral afeta o dever de fundamentar as decisões judiciais?

Pode-se responder que o instituto da repercussão geral retira, ou ao menos diminui sensivelmente a liberdade judiciária do juiz; interferindo, assim, no dever de fundamentar as decisões, fazendo com que a própria ideia de “fundamentação” deva ser repensada e adaptada a essa nova exigência de vinculação à jurisprudência das Cortes superiores.

Isso tem importância porque, como foi dito acima, sob o ponto de vista da hermenêutica e da argumentação constitucional, as decisões judiciais que simplesmente aplicam ao caso concreto outra decisão, de “caráter genérico”, tomada por um tribunal superior parecem não atender ao comando imposto pelo inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal, principalmente pelos seguintes motivos:

⁶⁰ NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011. p. 257.

⁶¹ NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. p. 166.

Primeiro, porque o princípio da necessidade de motivação das decisões judiciais não se satisfaz com a simples repetições de fórmulas de caráter genérico obtidas pelas "súmulas" de decisões proferidas em julgamento de recursos extraordinários dotados de repercussão geral.

Segundo, porque o dever de fundamentar as decisões é, em certos aspectos, ato de vontade do juiz que protagoniza o julgamento.

Terceiro, porque a "razão teórica", representada pelos julgamentos dotados de repercussão geral não pode ter vida isolada da "razão prática", representada pela forma como cada processo deve ser analisado, individualmente, consideradas as peculiaridades do caso concreto.⁶²

Quarto, porque a busca da segurança e previsibilidade dos julgamentos em nome de uma pretensa celeridade processual não pode legar o ordenamento pátrio a uma imutabilidade tal que proíba ou dificulte o desenvolvimento do Direito.

Assim, o que se pode dizer é que a reforma trazida ao ordenamento pátrio pelo instituto da repercussão geral afeta sobremaneira a forma de se encarar o princípio da liberdade judiciária do magistrado, que passa, em alguns momentos, a ser monitorada pelo conteúdo vinculante (não apenas persuasivo) das decisões do Supremo Tribunal Federal; tomadas nos julgamentos de recursos extraordinários dotados de repercussão geral.

Tendo em vista a relativa novidade do instituto no ordenamento jurídico pátrio, somente o tempo poderá dizer se, efetivamente, o remédio amargo trouxe algum alento para o enfermo.

De qualquer forma, fica o alerta no sentido de não basta alterar apenas a legislação processual, se toda a estrutura do ordenamento e a organização do Estado estão comprometidos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, p. 107.

GALILHETI, Edgar José. O instituto da repercussão geral e sua influência sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 179560 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 27-05-2005 PP-00012 EMENT VOL-02193-02 PP-00236 RTJ VOL-00195-01 PP-00281 RDDP n. 29, 2005, p. 238-239. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=281493>. Consulta efetuada em 15.03.2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989. 96p.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999. 134p.

_____. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 2002. 168p.

_____. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1984. 142p.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução ao direito e desenvolvimento. Estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral – perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 365p.

DANTAS, Ivo. **Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/40811>, consulta efetuada em 16.03.2012.

GALILHETI, Edgar José. O instituto da repercussão geral e sua influência sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556p.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. 508p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de Jose Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 54.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT. 2002. 265p.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2011

SICHES, Luis Rescasens. **Nueva filosofía de La interpretacion Del derecho**. México: Editorial Porrúa, 1973. 320p.

SOBOTA, Katharina, **Don't Mention the Norm!**. International Journal for the Semiotics of Law, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato,

GALILHETI, Edgar José. O instituto da repercussão geral e sua influência sobre o dever de fundamentar as decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 251-273.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. Hermenêutica, estado e política: uma visão do papel da constituição em países periféricos. In LEUTCHUK DE CADERMATORI e GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre política e direito. Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial. 440p.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari e PAGANI DE SOUZA, Rodrigo (coordenadores). **Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes**. Relatório final da pesquisa (simplificado). Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/vol35-serie-pensando-direito-sbdp.pdf>, consulta efetuada em 15.03.2012.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitucion y teoria general de La interpretacion jurídica**. Madrid: Civitas, 1988. 114p.