

## 1 INTRODUÇÃO

A jurisprudência defensiva assola a atividade jurisdicional do país, em especial nos tribunais superiores, a partir da aplicação de um hiperformalismo, de modo a evitar a análise detida do mérito dos processos. A presente pesquisa teve como objetivo estudar o fenômeno da jurisprudência defensiva a partir da premissa consensual entre os teóricos de que essa adviria de uma aplicação da teoria utilitarista.

O fluxo de novas demandas para apreciação do Poder Judiciário aumenta a cada ano, de modo que supostamente ultrapassam a capacidade dos tribunais de analisá-las, dando a devida prestação jurisdicional. São apontados como causas para o congestionamento dos Tribunais diversos fatores, dos quais citam-se: falta de estrutura do Poder Judiciário, deficiência de funcionários, má gestão da máquina judicial, litigiosidade excessiva do próprio Estado, excesso de recursos, baixo custo processual para as partes, dentre diversas outras, de cunho tanto administrativo quanto processual (FARINA, 2012, p. 9-10).

Assim, em caráter emergencial ou por desídia e indolência por parte dos magistrados, são criados mecanismos para barrar a entrada de demandas ou evitar a análise do mérito das causas. Tais medidas empregadas como reação a tal situação patológica do sistema, resultam em julgamentos igualmente vultuosos e distorcidos, e constituem a vulgarmente chamada “jurisprudência defensiva”.

Culpa-se, então a teoria utilitarista, ao permitir que os julgadores se utilizem de critérios práticos e ditos de necessidade, face o excesso de demandas remetidas a julgamento, para tolher a prestação jurisdicional devida, mediante uma decisão terminativa. Pretendeu-se, então, investigar se a atuação formalista vazia dos magistrados se encaixa dos critérios e parâmetros da tradição utilitarista.

O método utilizado na pesquisa foi o Crítico-Dialético, realizando uma análise qualitativa dos pontos e ao final, com a coleta de dados bibliográficos e com a análise destes, desenvolveu-se os argumentos que fundamentaram a hipótese inicial. A pesquisa tem como aporte bibliográfico da teoria utilitarista de John Stuart Mill e artigos correlatos, bem como trabalhos acerca do fenômeno da jurisprudência defensiva, notadamente os artigos de Paulo Rená da Silva Santarém (2005), de Fernanda Mercier Querido Farina (2012), de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014) e de Antônio Oneildo Ferreira (2016).

## 2 O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O acontecimento da jurisprudência defensiva, apesar de ser fortemente criticada pelos teóricos do direito, encontra abrigo, em todos os tribunais e mesmo nas primeiras instâncias da atividade jurisdicional. Contudo, é notável que os maiores aplicadores dessa técnica de julgamento vazia em si são as Cortes Superiores, com o propósito exclusivamente de reduzir o número de processos julgados por essas.

A designada “jurisprudência defensiva” seria, assim, um conjunto de decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais em favor do não conhecimento de recursos. Consta de um excesso de rigorismo processual e procedimental com o objetivo de desviar a análise do mérito da causa.

Fábio Hirsch (2007, p. 7) salienta que “a jurisprudência defensiva pode – e é – aplicada em todos os Tribunais Superiores brasileiros, na medida em que todos, sem exceção, são subdimensionados para a demanda de processos que recebem, seja de forma devida ou mesmo indevidamente”. Por sua vez, acentua que a chamada “autodefensividade” se justifica no Supremo Tribunal Federal (STF) uma vez que possui posição destacada no Poder Judiciário, especialmente após a Constituição Federal de 1988.

O fundamento para a utilização desse método de encerramento de demandas é puramente pragmático: o excessivo número de recursos apresentados ao julgamento dos tribunais.

Paulo Santarém (2005), explica que o fenômeno se origina na estrita liberdade interpretativa, característica das decisões. Entretanto, além de obstar a análise daquela causa específica, esse decepta do mundo uma possibilidade de incitação do Judiciário à solução de conflitos.

Essa concepção, por si só, traz, portanto, uma carga conceitual evidente, que se evidencia aqui em uma acusação: acusam-se os tribunais de vislumbrarem os processos como adversários, de quem se devam defender.

A palavra “defensiva” deve ser vista como significante de que os tribunais visam se esquivar de um número crescente de processos, como se eles representasse um mal a ser evitado. A idéia (sic) é de que a jurisprudência possa lhes servir como barreira para o crescente número das demandas. (SANTARÉM, 2005, p. 5).

Neste sentido, criam-se barreiras procedimentais à análise de mérito das demandas, em favor de uma suposta eficiência e para viabilizar de um melhor funcionamento do órgão jurisdicional. Contudo, seria apenas um método para mascarar e acobertar a falta de infraestrutura do Poder Judiciário, incapaz de gerir o volume de demandas judiciais.

A crise de eficiência que acomete especialmente tais Cortes, decorrente do volume de

demandas que ultrapassa geometricamente a capacidade produtiva dos julgadores, não pode ser pretexto para o desvio da importante função interpretativa que possuem.

### **3 DEBATES ACERCA DA TEORIA UTILITARISTA**

Como já atendado, é consensual entre os estudiosos do fenômeno da jurisprudência defensiva que esse decorre da manifestação pura da teoria utilitarista. Essa é a conclusão apresentada nos artigos de Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014) e Antônio Oneildo Ferreira (2016).

Importante frisar que a teoria utilitarista é dada como apresentada pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham, com a obra “*An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*”. Entretanto, o teórico de maior expressão desta linha de pensamento, por sua concisão e acessibilidade é o filósofo e economista John Stuart Mill, a qual se utilizará para apresentar a teoria utilitarista.

Neste sentido, o cerne da teoria utilitarista apresentada por Mill se baseia no princípio da maior felicidade, o qual é preconizado pela máxima abaixo:

O credo que aceita a utilidade, ou Princípio da Maior Felicidade, como fundamento da moralidade, defende que as ações estão certas na medida em que tendem a promover a felicidade, e erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. Por felicidade, entende-se o prazer e a ausência de dor; por infelicidade, a dor e a privação de prazer. (MILL, 2000, p. 49).

Assim, a ação moral estaria pautada na realização da felicidade – não só da felicidade do agente, mas de todos aqueles cujo bem estar pode ser afetado com a conduta. Neste sentido, o interesse do agente não teria, em qualquer hipótese, maior importância que os interesses dos demais indivíduos da sociedade. Trata-se, portanto, de uma teoria que preceitua uma estrita igualdade de consideração de interesses. (GALVÃO, 2005).

Antes de adentrar mais na teoria utilitarista, já se percebe um descompasso entre essa e o emprego de uma jurisprudência restritiva, uma vez que, em primeira análise, os interesses que mais contam para tomadas de decisões neste sentido é o dos julgadores, que se encontram com os gabinetes abarrotados de processos para julgamento.

Importante frisar que a ética utilitarista se desenvolve a partir de uma teoria de obrigação consequencialista. O consequencialismo supõe que as consequências das nossas opções constituem o único padrão fundamental da ética. Destarte, a única obrigação ética básica seria maximizar o bem, no caso do utilitarismo, a realização do máximo de prazer e por consequência felicidade geral.

Neste interim, Galvão (2005) apresenta o entendimento de J. O. Urmson sobre a teoria de Mill. O referido autor indica que a teoria da obrigação estaria pautada em dois fundamentos:

1. Uma acção (sic) particular é certa se estiver de acordo com as regras morais correctas (sic); é errada se transgredir alguma das regras morais correctas.
2. Uma regra moral é correcta (sic) em virtude de a sua aceitação promover o fim último - a felicidade geral. (URMSON apud GALVÃO, 2005, p. 20).

Essa interpretação daria origem ao que se chama utilitarismo dos atos, correspondente à primeira hipótese, e utilitarismo das regras, na segunda. Dentro da primeira perspectiva, a avaliação de um ato como certo ou errado, decorre da verificação individual deste para a promoção de felicidade ou infelicidade. Por sua vez, a segunda perspectiva avalia a correção de determinado ato particular a partir da sua conformidade com as regras que correspondem ao código moral correto, aproximando-se assim de uma lógica deontológica.

Urmson indica que Stuart Mill defenderia uma teoria de utilitarismo das regras, de forma que a partir da análise da tendência das ações, apontar-se-ia para uma lógica de compromisso às regras.

Portanto, com a quantidade exorbitante de processos contrastando com a incessante busca pela duração razoável do processo, nasce a doutrina utilitarista com a proposta de assegurar a resolução do maior número de processos possíveis criando óbices ao conhecimento dos recursos. Tal afirmação é refutada pelo próprio Mill numa carta que escreveu a John Venn em 1872, citada por Galvão:

Concordo consigo quando diz que a maneira correcta de testar acções através das suas conseqüências é testá-las pelas conseqüências naturais da acção particular, e não pelas conseqüências que se verificariam caso toda a gente fizesse o mesmo. Porém, na maior parte dos casos, considerar aquilo que aconteceria se toda a gente fizesse o mesmo é a única maneira de descobrirmos a tendência do acto no caso particular. (MILL apud GALVÃO, 2005, p. 22).

Possível, então, verificar uma tendência do autor ao utilitarismo dos atos. Por sua vez, Mill sustentaria que na maior parte das decisões seria tomada a partir do padrão/tendência orientado pelo princípio da utilidade.

Esse conceito é melhor estruturado pelo filósofo Richard Mervyn Hare, bastante influenciado pelo utilitarismo. A teoria explica que o pensamento moral utilitarista se desenvolveria em dois níveis: o nível intuitivo e o nível crítico. Desta forma, permaneceríamos na maior parte do tempo no primeiro nível, orientando-se de forma intuitiva, observando as regras de uma moralidade comum. Caso contrário, fosse necessário um juízo de custos e benefícios de todas as ações, ficaríamos paralisados, e “desperdiçaríamos

imensas oportunidades de promover a felicidade geral”. (GALVÃO, 2005, p. 23).

Por outro lado, quando ocorre um conflito entre preceitos desta moralidade comum, chamados por Mill de princípios secundários, devemos apelar pelo critério utilitarista primário. Estaria neste processo, configurado o nível crítico do pensamento moral desenvolvido por Hare: “um nível em que raciocinamos de uma forma utilitarista tanto para resolver os conflitos de deveres gerados pela moralidade comum como para aperfeiçoar e rever os princípios secundários que a constituem”. (GALVÃO, 2005, p. 24).

É nesse ponto que se passa a desenvolver a análise da postura de uma jurisprudência defensiva, a partir da lógica do pensamento moral utilitarista.

De plano há de se considerar que a situação de tomada de decisão para a construção de um entendimento defensivo se trataria de uma ação no plano do nível crítico. Isso, pois poder-se-ia caracterizar a questão como um conflito entre dois princípios: o do tempo razoável do processo, e portanto a eficiência da prestação judiciária; e a isonomia e segurança jurídica na análise das demandas, primando pela decisão justa ao caso.

Neste sentido, tende a ser um tanto difícil chegar à conclusão que a resposta que mais traria felicidade à sociedade seria escolher não julgar demandas com base em critérios extremamente formais. Segundo o raciocínio daqueles que consideram a jurisprudência defensiva uma concretização do pensamento utilitarista, estar-se-ia considerando a maior felicidade do restante da população, ao ter um judiciário mais eficiente, em detrimento da negação do direito àquele indivíduo recorrente.

Ao relacionar as reflexões sobre a doutrina utilitarista e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, chega-se à conclusão de que a jurisprudência defensiva trata-se de uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso. Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos. (AMARAL; SILVA, 2014, p. 16).

Por sua vez, se considerarmos que esse novo entendimento defensivo passaria a integrar o conjunto de princípios morais, a partir da lógica do nível crítico de Hare, não é possível visualizar um aperfeiçoamento da moral, nem mesmo uma verificação de uma maior satisfação social. A negativa de prestação jurisdicional gera um represamento de demandas e, em se tratando de demandas em massa, decorre um aumento prático do volume de processo para julgar, vez que a questão não foi resolvida na oportunidade devida. A doutrina é construída a partir da prática, notadamente empirista, considera os dados recolhidos a partir da prática para aferir o juízo moral. Leva-se a crer que a jurisprudência defensiva geraria maior

insatisfação social, inclusive.

Ainda que não considerado o nível crítico do pensamento moral, a partir de uma análise intuitiva da situação, a função essencial dos tribunais superiores seria dar uma devida interpretação da Constituição ou da lei federal aos casos. Sendo assim, o “princípio secundário” a ser seguido seria dar a devida solução ao caso, de forma a produzir justiça.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os resultados da pesquisa permite concluir que a criação de entraves à análise de recurso por parte dos tribunais superiores não se apoiaria dentro de uma ótica utilitarista clássica. Por todos os lados que se analisou a questão, não foi possível se identificar uma coerência entre a teoria utilitarista e o fenômeno da jurisprudência defensiva. Pelo menos, não da teoria original.

Evidentemente, que a partir de deturpações dessa, seria possível chegar às mesmas conclusões. Antônio Oneildo Ferreira (2016) bem aponta que o utilitarismo permite uma relativização das garantias individuais em prol da coletividade. Ele afirma que os “mandamentos de produtividade incorporados pelos tribunais podem até causar uma (falsa) sensação de satisfação social”, contudo desafiam os direitos individuais do jurisdicionado.

O autor (FERREIRA, 2016) trás a teoria de Ronald Dworkin para atestar a máxima dos direitos individuais, garantias da liberdade do indivíduo com relação aos interesses e valores da coletividade e do Estado, neste caso especialmente o acesso à jurisdição, como forma de proteger o jurisdicionado da postura restritiva na análise de recursos.

Uma comunidade política legítima deve preocupar-se com o destino de cada um de seus membros. E o utilitarismo presente na política judiciária restritiva de jurisdição causa somente um sentimento imediato de felicidade geral nos julgadores—sentimento arraigado no senso comum, mas que não é comungado pelos jurisdicionados, os quais têm suas pretensões jurídicas frustradas. (FERREIRA, 2016).

De fato, a construção da perspectiva garantista e de caráter contramajoritário, como a de Dworkin, seria mais adequada à instituição democrática. Entretanto, considerando-se apenas a chamada “política judiciária restritiva de jurisdição” da qual se incluí a jurisprudência defensiva, ainda que sob a perspectiva utilitarista, essa não se sustentaria, vez que, conforme já indicado, o interesse do agente/julgador não poderia ter maior relevância que os interesses dos jurisdicionados.

Permite-se concluir então que estarem os posicionamentos que utilizam a teoria utilitarista para pugnar a atuação da jurisprudência defensiva estaria equivocada, vez que nem

mesmo essa sistemática, superada dentro da perspectiva de um Estado democrático de Direito, seria capaz de justificá-la.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva que nunca. CONPEDI, 2014, Florianópolis, SC. **(Re)pensando o direito: desafios para a construção de novos paradigmas**, Florianópolis: UFSC, v. 01, p. 37-55, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bbc9e48517c09067>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores. **Revista de Processo**, v. 209, p. 105, jul. 2012. Disponível em: <[https://www.academia.edu/7517627/Jurisprud%C3%Aancia\\_Defensiva\\_e\\_a\\_Fun%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Tribunais\\_Superiores](https://www.academia.edu/7517627/Jurisprud%C3%Aancia_Defensiva_e_a_Fun%C3%A7%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **Crítica antiutilitarista à política judiciária restritiva de jurisdição**. Migalhas, 13 de abril de 2016. Disponível em: <[http://www.oabfi.com.br/artigos.php?id\\_artigo=1282](http://www.oabfi.com.br/artigos.php?id_artigo=1282)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

GALVÃO, Pedro. **Utilitarismo**: de John Stuart Mill. Porto: Porto Editora, 2005.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 132, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1489/1169>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? **Consultor Jurídico**, 29 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. São Paulo: Iluminuras, 2000.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. A observação da jurisprudência defensiva na diferenciação do subsistema do Direito. CONGRESSO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 11, 2005, Brasília, DF. **Anais...** Brasília: Editora da UnB, 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=96ebb3a7a95922d5>>. Acesso em: 7 mar. 2017.