



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS DE BRANDÃO E MATTOS

**ANÁLISE DO USO NORMATIVO DOS PRECEDENTES NA MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

FORTALEZA

2019

LUCAS DE BRANDÃO E MATTOS

ANÁLISE DO USO NORMATIVO DOS PRECEDENTES NA MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra

FORTALEZA

2019

Página reservada para ficha catalográfica que deve ser confeccionada após apresentação e alterações sugeridas pela banca examinadora.

Para solicitar a ficha catalográfica de seu trabalho, acesse o site: **www.biblioteca.ufc.br**, clique no banner Catalogação na Publicação (Solicitação de ficha catalográfica)

LUCAS DE BRANDÃO E MATTOS

ANÁLISE DO USO NORMATIVO DOS PRECEDENTES NA MOTIVAÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (UniChristus)

Aos verdadeiros apaixonados pelo Direito, que
essas páginas sirvam de alguma inspiração
para torná-lo um instrumento de emancipação

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Marília Brandão e Paulo Lincoln pelos cuidados do amor fraterno, que sempre representaram o apoio incondicional aos meus projetos, e pela educação concedida através dos grandes exemplos de vida que me possibilitaram desenvolver uma visão crítica do mundo à minha volta.

À minha esposa, Bianca Leonardo, pelo amor, a compreensão, a confiança e o companheirismo constantes, que já ingressou na sua segunda década, suportando sempre os períodos de ausência e variações de humor, sendo meu pilar de sustentação emocional durante todo o percurso.

Aos amigos que me apoiaram e jamais duvidaram do meu potencial para vencer esta barreira.

Aos colegas de curso do PPGD da UFC e de disciplina de Teoria dos Precedentes do PPGD da UniChristus pela recepção calorosa, discussões, troca de materiais, experiências, informações e angústias.

Ao Professor Dr. Carlos César Sousa Cintra pela orientação cuidadosa e paciente, sempre disponível e apoiador do meu projeto.

Ao Professor Dr. Hugo de Brito Machado Segundo pelas lições nas disciplinas de Teoria Geral do Direito e Epistemologia Jurídica, essenciais para construção deste trabalho, pela disponibilidade e gentileza em aceitar o convite para composição da banca.

Ao Professor Dr. Juraci Mourão por ser um dos meus maiores interlocutores, tanto através de sua obra escrita, quanto pelas discussões na disciplina Teoria dos Precedentes na UniChristus e também por ter despendido tempo na leitura e reflexão sobre meu trabalho como membro da banca examinadora.

“As fronteiras da minha linguagem são as fronteiras do meu universo”. (Ludwig Wittgenstein)

RESUMO

Na prática judiciária brasileira e na própria legislação, os precedentes judiciais têm tomado forma bastante ampliada nos últimos anos, mas carecem, ainda, de estudos teóricos e abrangentes sobre o uso destes precedentes judiciais como fundamento normativo de uma decisão e suas implicações em nosso sistema jurídico. A presente dissertação visa realizar um estudo crítico sobre a atual situação de utilização dos precedentes judiciais no direito brasileiro, tanto do ponto de vista dos equívocos realizados no seu uso prático, quanto da doutrina que lhe serve de suporte. Inicia-se com a melhor identificação da questão, tratando da ascensão do Judiciário e a valorização da jurisprudência como contexto em que se busca conceder eficácia obrigatória aos precedentes judiciais, analisando-se por fim a doutrina normativista dos precedentes que defende sua eficácia como elemento de uniformização e segurança do ordenamento. A parte subsequente tem por objeto a análise da dinâmica do precedente no *common law* e todo o contexto correlato ao mesmo, em que se torna possível observar que os fundamentos da doutrina nacional majoritária não coincidem com a experiência dos precedentes desenvolvida naquele sistema. Por fim, a análise sob a luz do dever constitucional de motivação das decisões judiciais clama por maior controle na atividade jurisdicional e pelo reconhecimento dos precedentes obrigatórios como uma força jurídica variável em um modelo de decisão que possa gerar por si a coerência sistêmica necessária ao bom funcionamento do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Precedente Judiciais. *Common Law*. *Stare decisis*. Motivação das Decisões Judiciais.

ABSTRACT

In the Brazilian judicial practice and legislation itself, judicial precedents have grown quite powerful in recent years, lacking, however, a comprehensive and theoretical study on the legitimacy of the use of these precedents as normative basis of a judicial decision. The present study aims to conduct a critical study on the current situation of the use of judicial precedents in Brazilian law, both from the point of view of the mistakes made in its practical use, and the doctrine that supports this practice, seeking to realize an analysis of the precedents in the *common law* and its possibilities of transition to Brazilian law. It begins with the identification of better addressing the issue Rise of the Judiciary and the appreciation of jurisprudence as a framework which seeks to provide effective binding judicial precedents, finally analyzing the Brazilian doctrine of precedent that supports its effectiveness as an element of standardization and spatial coherence. The subsequent part aims at the analysis of the dynamics of precedent in common law and all correlate to the same context, it becomes possible to observe that the foundations of national doctrine do not match the experience previous developed that system. Finally, the analysis in the light of the constitutional duty of justification of judicial Decisions calls for greater control in the judicial activity and a decision model that can generate by itself a coherent system necessary for the proper functioning of the legal system.

Keywords: Precedent. *Common Law*. *Stare Decisis*. Justification of Judicial Decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O QUADRO ATUAL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	18
2.1 Considerações iniciais sobre o uso dos precedentes no Direito brasileiro.....	18
2.1.1 <i>A confusão entre os conceitos de Jurisprudência, Súmula e Precedente</i>	22
2.2 O contexto de valorização da jurisprudência e ascensão do Poder Judiciário	26
2.3 Os instrumentos de vinculação jurisprudencial no Direito brasileiro.....	47
2.3.1 <i>Súmula Vinculante e Ações Constitucionais</i>	48
2.3.2 <i>A Sistemática de vinculação jurisprudencial no Novo Código de Processo Civil de 2015</i>	55
2.4 Os precedentes na experiência de outros países da <i>Civil Law</i>	59
2.5 A doutrina normativista dos precedentes: “Precedentes à Brasileira”	68
2.5.1 <i>A proposta normativista do precedente como segurança jurídica</i>	68
2.5.2 <i>A verticalização e a intensa concentração das decisões nos tribunais superiores</i>	75
3 DAS ORIGENS DO COMMON LAW À TEORIA DOS PRECEDENTES E SEU CONTRIBUTO PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO	81
3.1 As origens do <i>common law</i>	82
3.1.1 <i>O Direito inglês</i>	84
3.1.2 <i>O Direito norte-americano</i>	91
3.2. O precedente e sua sistemática no <i>common law</i>	98
3.2.1 <i>Fundamentos do stare decisis</i>	100
3.2.2 <i>As razões de decidir (Ratio Decidendi/Holding)</i>	107
3.2.3 <i>A técnica de distinção (distinguish)</i>	114
3.2.4 <i>A superação do precedente (overruling)</i>	116
3.3 Equidade e Segurança Jurídica no Sistema de Precedentes	119
3.3.2 <i>Segurança Jurídica no sistema de precedentes</i>	128
4 O DEVER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O USO DO PRECEDENTES	137
4.1 Interpretação e Aplicação: apontamentos sobre hermenêutica, linguística e papel criador do juiz.....	138
4.2. O Dever de Motivação das Decisões Judiciais.....	143
4.2.1 <i>Origem e Definição do Dever de Fundamentar</i>	143
4.2.2 <i>O dever de motivar no novo CPC</i>	150

4.3 Estruturação da motivação e controle argumentativo como instrumentos de controle e legitimação da decisão judicial.....	156
<i>4.3.1 Contextos e modelos de justificação</i>	<i>157</i>
<i>4.3.2 Argumentação e Esquema Estrutural da Motivação</i>	<i>163</i>
4.4 O precedente como uma força vinculante variável na motivação das decisões judiciais	166
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	183
REFERÊNCIAS.....	187

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas atuais, quando se trata de Teoria Constitucional do Processo no Brasil, é o do efeito vinculante (ou uso normativo) dos precedentes judiciais, focado em uma busca da segurança jurídica, igualdade e uniformidade das decisões judiciais.

É assim que se tornou comum na doutrina nacional afirmar que teríamos um sistema de Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro, muitas vezes sem buscar uma análise mais profunda das implicações teóricase constitucionais deste sistema ou até mesmo do delineamento de suas formas.

Esse sistema consistiria em conceder força obrigatória aos precedentes judiciais, compreendidos, em termos iniciais, como decisões específicas anteriores às quais podemos analisar os fundamentos para aplicação vinculante ao caso futuro semelhante. A evolução dessa vinculação vem crescendo para diversas hipóteses no sistema brasileiro, desde o advento da súmula vinculante, no formato de mecanismos de padronização das decisões judiciais. No entanto, um sistema de precedentes não se resume a tais hipóteses de uniformização jurisprudencial e nem se deve confundir completamente com ela, de modo que se tem buscado cada vez mais a construção de teorias que fundamentem a vinculação aos precedentes fora dessas hipóteses, em uma suposta aproximação com o sistema inglês de precedentes.

O estudo dos precedentes tem gerado dedicação intensa da doutrina nacional, podendo-se afirmar que, no presente momento, convivem entre si três correntes doutrinárias acerca dos precedentes: Doutrina Normativista dos Precedentes, a Doutrina Hermenêutica dos Precedentes e a Doutrina Processualista dos precedentes.

A corrente referente à doutrina normativista dos precedentes é encabeçada por Luiz Guilherme Marinoni, podendo ser considerada a mais influente entre os juristas e a jurisprudência, que tem como características a priorização do aspecto normativo do precedente, identificando-o como uma regra jurídica, principalmente proveniente dos tribunais superiores e obedecida por padrões de lógica hierárquica e segurança jurídica.

A corrente hermenêutica é exposta por autores como Lênio Streck, Georges Abboud, Juraci Mourão Lopes Filho, Maurício Ramires e Thomas Bustamante. Essa doutrina busca enxergar o precedente como uma categoria própria da Teoria do Direito que não se limita ao aspecto normativo e nem se confunde com o método de aplicação das regras jurídicas.

Por último, temos a corrente processualista dos precedentes, que se identifica na obra de autores como Lucas Buril e Ravi Peixoto. As preocupações maiores dessa corrente giram em torno do novo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 e suas normas sobre precedentes, focando-se, principalmente, nas técnicas processuais relacionadas aos precedentes como *holding*, *dictum*, *distinguish* e *overruling*.

A ideia de precedentes da doutrina normativista parece muito sedutora à primeira vista, prometendo resolver a indeterminação na interpretação do Direito, a imprevisibilidade e falta de uniformidade das decisões judiciais. Ou seja, estaria gerando segurança jurídica subjetiva (indicando ações e seus consequentes jurídicos aos cidadãos) e objetiva (estabilidade da interpretação jurídica).

Os objetivos acima são desejáveis, mas resta a dúvida se é possível alcançar tais metas por meio do sistema de precedentes, ou se estaria de fato a desenvolver-se uma tradição jurídica autoritária, centralizadora e intelectualmente empobrecedora.

É inegável o crescimento da importância da jurisprudência em nosso sistema jurídico. Contudo, tratar a jurisprudência como fonte do Direito é algo extremamente sério, com repercussões diretas na Teoria Geral do Direito, e que não pode ser simplesmente aceito ou incutido no senso comum jurídico, crescendo de forma acrítica e não devidamente racionalizada pelo estudo do direito.

Na tarefa de estudar esse fenômeno jurisprudencial, é fato que podemos lançar mão da tradição dos precedentes perpetrada pela experiência do Direito Anglo-Saxão, nos aspectos relativos ao *common law*. Porém, é também imprescindível que um sistema de precedentes no Brasil guarde compatibilidade com nossa Constituição Federal e tenha nela seus fundamentos e balizas.

O sistema jurídico brasileiro foi concebido sob forte influência do direito continental europeu, que se convencionou chamar de tradição Romano-Germânica, que se consolidaria ainda mais com a ideia iluminista da codificação, concretizada no Código Civil de Napoleão de 1804, cuja concepção se insere na crença em normas escritas elaboradas pela autoridade legislativa legitimada pelo voto e interpretada judicialmente por uma figura eminentemente técnica, o juiz, que teria o papel de mera reprodução das fórmulas jurídicas previstas no código.

Já o sistema anglo-saxão, por mais que atualmente se tenha uma grande mescla entre o direito legislado e o proveniente da criação judicial, suas origens estão no *common law*, formado pelo conjunto de decisões judiciais anteriores cujo funcionamento encontra-se fundado na doutrina do *stare decisis*, que garante a força vinculante das razões de decidir e de

serem aplicadas aos casos idênticos dentro do sistema, tendo reconhecido o papel do juiz na criação e manutenção do direito comum. O uso dos precedentes nas decisões judiciais no Brasil, no modo proposto pela doutrina normativista, ainda majoritária, parece partir da premissa segundo a qual o conteúdo dos precedentes é evidente e desnecessária qualquer fundamentação maior quanto à determinação do seu conteúdo. Procurando-se conceitos gerais, de abstração cada vez maior, formam uma pirâmide progressiva e dedutiva tornando o Direito uma expressão de lógica matemática, que se manifesta na prática jurídica através das súmulas aplicadas por subsunção e tomando a ementa como sendo a reprodução suficiente do julgado.

Um dos grandes problemas em que recai a doutrina nacional normativista, que vê nos precedentes o alcance da objetividade tão almejada, estaria presente no precedente e não na lei escrita. Explica-se: é que o precedente, enquanto expressão linguística, também é objeto de interpretação. Assim, parece uma consequência previsível que, seguindo as tradições interpretativas de nosso sistema, o precedente se torne uma premissa maior para ser aplicada por meio da subsunção do caso concreto à nova norma, o “Juiz boca da lei” virará “Juiz boca do precedente”.

Ao aderir este modelo em busca de um sistema objetivo, argumento levantado em favor da adoção do sistema de leis escritas e codificação em primeiro lugar, cabe questionar se não se estaria criando outro subsistema de normas que serão do mesmo modo interpretadas e sofrerá dos mesmos problemas, visto que a indeterminação seria natural à linguagem e, conseqüentemente, ao Direito, sendo a busca por padronizações prontas terreno infértil para o estudo do fenômeno jurídico.

Tal concepção de precedentes, focada exclusivamente em seus aspectos formais de vinculação, corre o risco de produzir um Direito engessado, rodeado de *Standards*, altamente hierarquizado e antidemocrático, passando o sistema jurídico a ser decidido por algumas poucas pessoas, ministros dos tribunais superiores ou até apenas dos onze do Supremo Tribunal Federal (STF). A prática jurídica voltada à padronização nesses termos corre risco de esmagar a natural atualização e evolução jurisprudencial, pois os argumentos e decisões contra senso tendem a ser integralmente barrados e ficamos reféns da revisão das teses que serão elaboradas pelo próprio tribunal.

Em uma realidade do litígio em massa e de decisões judiciais proferidas em lotes cada vez maiores, está se buscando, constantemente, soluções de celeridade à prestação jurisdicional, adaptando-a para uma velocidade compatível com a sociedade de consumo neoliberal e suas demandas econômicas.

A fórmula que se tem, desse modo, é pelo aprisionamento da realidade em um texto, em rápidas linhas de conceito, procurando retirar a realidade e a casuística das lides para aplicar soluções prontas, que não tem condição, por impossibilidade linguística e fática, de albergar as situações que precisam ser reguladas em toda sua complexidade e especificidade.

Este é um ponto essencial em que a aplicação dos precedentes, na forma como concebida pela doutrina normativista e reproduzida na práxis cotidiana, parece distanciada do sistema de precedentes do *common law*, em que o *stare decisis* é vinculado à *ratio decidendi*. Essa é a parte fundamental do precedente, visto que é apontada como a única parte vinculante, por compor os fatores essenciais para o deslinde da demanda, imbricados em matéria de fato e de direito de forma indissociável, que não tem qualquer pretensão de elaborar comandos gerais e abstratos. Distancia-se, assim, do sistema do Princípio da Legalidade, que só admite comandos gerais e abstratos produzidos pela Lei em sentido amplo, elaborados pela autoridade competente.

Nesse contexto, um dos problemas que surgem de imediato é a existência dos mais diversos precedentes em sentidos antagônicos, não raro provenientes de um mesmo tribunal, que possibilitam a seleção de julgados determinados para embasar a tese pretendida, sem necessariamente refletir uma interpretação estável ou pacífica do direito sob análise, que comumente denominou-se na doutrina de Jurisprudência Lotérica. Uma jurisprudência íntegra e coerente seria, nesse sentido, o pressuposto do uso normativo dos precedentes e não seu produto.

Combina-se, com o fator apontado, a atribuição de força de lei geral e abstrata aos julgados, possibilitando a prática errônea de fundamentação, que primeiro escolhe arbitrariamente uma solução à causa, selecionando julgados que promovam suporte à escolha e ignorando os contrários. Pensamos que decisões que adotam esta linha argumentativa meramente explicam, sem propriamente motivar, ferindo uma das garantias mais básicas contra o arbítrio judicial e a intervenção ilegítima do Estado nas relações sociais.

Na perspectiva do Direito voltado à normatividade dos princípios com sua resolução por meio da ponderação de valores, o controle argumentativo da motivação das decisões judiciais é complemento necessário à legitimação da atuação judicial e à possibilidade de controle democrático do Judiciário.

A motivação das decisões judiciais deve levar em conta o contraditório real, ou seja, não só o direito das partes em manifestar-se no processo, mas de terem suas teses

consideradas com seriedade pelo juízo na construção da decisão, pelo que deve explorar os argumentos da parte e expor suas razões para acolher ou rejeitar esses.

Desse modo, a simples invocação de um fundamento, a exemplo de julgados que trazem razões do tipo “defiro com base em precedentes do tribunal” ou “indefiro o pedido por não atender aos requisitos legais” são espécies de decisão por demais comuns na prática judicial, apesar de sua completa nulidade e inconstitucionalidade, o que vale tanto para a tradição Romano-Germânica como para a Anglo-Saxônica

A motivação adequada dos julgados pode servir como parâmetro de modificação da atitude do julgador para produzir decisões que realmente possam servir de modelo posterior, cuja demonstração de pertença ao ordenamento jurídico é bem embasada e fundamentada, levando em conta, nos seus fundamentos, o histórico interpretativo de casos semelhantes. Tal atitude é o ponto de partida inicial para que se possa ter um sistema jurisprudencial de coerência suficiente e que viabilize um sistema de vinculação jurisprudencial similar ao *stare decisis*.

Os fatores aqui elencados nos parecem apontar para a necessidade de um estudo que identifique os contornos da atual utilização dos precedentes judiciais na fundamentação jurídica, tendo em mente a necessidade de adequação dos usos à regra da motivação das decisões judiciais e ao modelo constitucional do processo como garantias inerentes ao Estado Democrático Brasileiro.

Percebe-se, dessa maneira, que tratar o precedente como se fosse uma lei é uma concepção que decorre da experiência do jurista do *civil law* em buscar ver tudo por fórmulas canônicas que serão posteriormente aplicadas no método subsuntivo. Entretanto, o precedente não trabalha com essa sistemática e a tentativa de se reduzir o precedente em uma norma o empobrece e distorce por completo. A lógica de aplicação dos precedentes é o chamado *case law*, que consiste não na busca de fórmulas prontas, mas de um entendimento completo do contexto fático/jurídico do caso subsequente e a solução dada pela corte emissora que compõe o ciclo dialético entre as partes e o juízo para identificar a *ratio decidendi* ou propor a distinção entre casos.

O *case law* demanda uma visão diferente do Direito, para além da redução em fórmulas matemáticas. É comum na prática jurídica brasileira vermos que os precedentes são em geral reduzidos aos textos de súmulas ou ementas de decisão, que trazem muito pouco do contexto do caso e representam um resumo das razões de decidir, muitas vezes impreciso ou distorcido pela redação concisa e descontextualizada.

Tratar com precedentes exige um estudo profundo da decisão, para identificar e delimitar o que nela é essencial para resolução do caso e que se tornaram as razões de decidir (*ratio decidendi/holding*) e o que nela apenas é tangencial (*obiter dictum*), além da análise de semelhança entre a questão jurídica decidida no caso precedente e a que está sob análise no caso presente, fazendo a distinção (*distinguish*) quando cabível. O último ponto é aferir a força vinculante do precedente segundo os elementos formais e materiais que o compõem, para verificar se no caso concreto haverá ou não sua superação (*overruling*).

Nesse contexto, o CPC de 2015 trouxe normas essenciais para a construção de uma teoria e de um sistema de precedentes propriamente dito no Direito Brasileiro através, principalmente, do art. 926, que impõe o dever de integridade e coerência com os precedentes e o art. 489, que estabelece o dever de consideração aos precedentes como elemento obrigatório da decisão judicial sob pena de nulidade, prevista no art. 10.

Na concepção hermenêutica dos precedentes, que permeia este trabalho, há de se reconhecer como equivocada a concepção de divisão dos precedentes entre meramente persuasivos e vinculantes, determinados exclusivamente de forma vertical pelos tribunais superiores, tratando os precedentes obrigatórios como espécie de norma jurídica extraída do julgado e aplicada por subsunção ao caso concreto. Cabe, ao contrário, perceber que toda decisão é dotada de elementos formais e materiais que contribuem para sua normatividade e que tal fenômeno se dá em graus e por adesão - e não imposição vertical - consistindo sua aplicação em um esforço hermenêutico e dialético em contraditório, que determinará o grau de vinculação, a semelhança entre caso anterior e atual, as razões de decidir e seu impacto na decisão atual.

O objeto aqui exposto será tratado nesta obra em três fases distintas, iniciando-se com uma visão mais completa da atual situação do uso normativo dos precedentes no Brasil, pois isso constitui o objeto de estudo primário do ensaio, seguindo-se para a análise dos precedentes no *common law*, visto tratar-se da experiência original de obrigatoriedade dos precedentes, passando, por fim, ao estudo do dever de consideração aos precedentes na motivação das decisões, que demanda um maior controle argumentativo das decisões judiciais.

Dentro do segundo capítulo, inicia-se com a rápida análise de alguns exemplos de uso normativo dos precedentes e em seguida são tratadas as diferenciações de alguns institutos relacionados à jurisprudência, como a súmula e a ementa, de modo a diferenciá-los do precedente propriamente dito, que é o objeto deste estudo. A seção seguinte realiza uma análise crítica dos fatores que levaram à ascensão do Poder Judiciário, que se traduzem na

valorização da jurisprudência e seu efeito vinculante, reforçando o argumento com exemplos de institutos do ordenamento brasileiro que privilegiam a vinculação jurisprudencial. A última parte do segundo capítulo tem por objeto o estudo crítico da doutrina normativa dos precedentes, que tem como principal expoente Luís Guilherme Marinoni¹, analisando seus principais argumentos para a adoção de efeito vinculante similar ao *stare decisis* no Direito brasileiro.

O terceiro capítulo consiste no passo seguinte da dissertação e realiza a análise precedente e do efeito vinculante na experiência e doutrina provenientes do sistema anglo-saxão, tendo como objetivo entender melhor a anatomia e os contornos dos institutos ligados aos precedentes, para que seja feita uma análise crítica das possibilidades, adequações e atual estado da transposição desses conceitos para o Direito brasileiro. Inicia-se com o estudo das origens históricas do *common law* e seu funcionamento geral, tomando-se por parâmetro o Direito inglês e o norte-americano. Em seguida, passa-se para uma análise do precedente em sua anatomia, com foco na *ratio decidendi* e do *stare decisis*, como efeito de vinculação propriamente dito. A última parte é destinada para uma investigação crítica que toma por base as conclusões feitas anteriormente no capítulo sobre os institutos apontados, comparando com os conceitos e argumentos apresentados pela doutrina brasileira dos precedentes no capítulo anterior, com o objetivo de analisar o efeito vinculante em adaptação à realidade do ordenamento brasileiro.

O quarto capítulo tem por objetivo a análise do uso normativo do precedente, no contexto do dever constitucional de motivação das decisões judiciais, presente no ordenamento jurídico brasileiro. O início do capítulo fixa algumas premissas de cunho hermenêutico e linguístico que são necessários para uma análise profunda do dever de fundamentação, como também para a necessidade de interpretação do precedente. Em seguida, parte-se para a origem e fundamento do dever de motivação, até chegar à estrutura argumentativa da motivação e as consequências das conclusões sobre o tema no uso dos precedentes. O último tópico busca elucidar a visão do precedente como uma força vinculante variável, que incidirá na motivação das decisões judiciais.

¹ MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011.

2 O QUADRO ATUAL DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Este primeiro capítulo tem por objetivo realizar o melhor delineamento do objeto de estudo da presente dissertação, que só poderá ser identificado como um problema científico após serem feitas considerações iniciais sobre como tem se dado o trato com os precedentes na prática Judiciária e na doutrina majoritária dos precedentes que aqui devem ser apresentados.

Iniciaremos com exemplos do que consideramos ser espécies de uso equivocado dos precedentes que motivam a análise feita nessa dissertação, seguindo após para considerações acerca da diferença entre jurisprudência, súmula e precedente, buscando melhor delimitar o âmbito de estudo deste trabalho especificamente nos precedentes aos quais são atribuídos efeitos vinculantes, para além das técnicas de uniformização de julgamento que se fazem presentes na maioria do ordenamento brasileiro.

Prossegue-se com uma análise da ascensão do Judiciário no contexto da valorização da jurisprudência, fenômeno no qual parece estar inserida a doutrina brasileira dos precedentes. Já na seção logo seguinte, reforçamos esses argumentos através da menção de vários instrumentos de vinculação jurisprudencial já presentes em nosso ordenamento.

A última seção apresenta a corrente normativista dos precedentes e seus principais argumentos e fundamentos em uma visão crítica que embasará melhor a análise a ser feita nos capítulos seguintes, em que se confrontará os argumentos apresentados com a doutrina dos precedentes do *common law* e com o dever de motivação das decisões judiciais.

2.1 Considerações iniciais sobre o uso dos precedentes no Direito brasileiro

O uso dos precedentes na motivação das decisões se encontra em ascensão na prática judiciária brasileira e parece cada vez mais tomar um lugar de destaque no imaginário dos juízes. Essa noção crescente consiste em um raciocínio de desobrigação do magistrado, que não mais deverá se deter sobre as causas no sentido de procurar crescer sua convicção científica acerca das questões a serem resolvidas por ele, passando a entregar-se a um ciclo de utilização dos argumentos prontos das cortes superiores. O juiz fica dependente da decisão superior e viciado nessa prática de reiterar as noções postas pelos tribunais superiores. É fruto de um desincentivo à atividade cuidadosa do juízo singular, por saber que, se divergir da sua

decisão, essa será rapidamente reformada após longa estrada de recursos que visam blindar a jurisprudência superior.²

A crítica de Alexandre Morais da Rosa na obra de Maurício Ramires³ vai diretamente ao ponto:

Mas no mundo jurídico o analfabetismo funcional é lancinante. O “operador do direito” sabe ler o Código, compra a coleção de resumos, faz o turismo da jurisprudência – “Turisprudência” – e, no caso de certa parcela de magistrado, até conseguem decidir, mas não entendem o que fazem. É como se houvesse uma “Estrutura Dual”. No manifesto, a coisa é “mostrada” com a aparência de fundamentação, num efeito estético persuasivo de semblante, enquanto no plano pressuposto, do latente, ou seja, do que serviu de fundamento, o vazio significativo tome conta. O vazio, como tal, embora seja condição de possibilidade, no caso das decisões judiciais, numa democracia, não pode ser qualquer coisa. O julgador não está autorizado a julgar a partir de ementas e julgados embalados para presente. Os efeitos mágicos da produção em série e veloz contracenam com o descompromisso, a ausência de responsabilidade do sujeito que assina. A tradição autêntica precisa fazer barreira e não se pode deixar levar por esta deriva de sentidos.

Essa utilização dos precedentes traz, em muitos pontos, violações à garantia constitucional da motivação das decisões judiciais concedendo força obrigatória aos precedentes, baseado em uma utilização confusa do *common law*. Assim, aponta Ramires⁴:

[...] a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e norte-americano. Sequer os rudimentos da teoria dos precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas.

Cabe agora realizar um rápido estudo de caso para ilustrar melhor a questão com os exemplos utilizados por Ramires⁵. Busca-se, assim, elucidar três dos efeitos mais nefastos surgidos desse ecletismo improvisado no uso dos precedentes. São eles: a) encobrimento do caso presente no enunciado vago do caso precedente; b) objetificação metafísica dos conceitos jurídicos; c) legitimação da arbitrariedade judicial na escolha não fundamentada de um precedente isolado ao invés de outro que diga seu oposto.⁶

Caso 1: Uma juíza brasileira, ao analisar situação em que dois indivíduos foram presos em flagrante ao invadirem a cada de uma pessoa manifestamente pobre e tentaram furtar objetos com valor estimado em R\$ 100,00 (mais um aspirador de pó, que não chegou a ser avaliado), rejeita a decisão oferecida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que o fato seria insignificante, e arrima a sua decisão somente em uma ementa de julgado exarado por um Tribunal de Justiça, assim “Furto. Rejeição da denúncia. Princípio da insignificância. Hipótese que caracteriza

²RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

³*Ibidem.*, p. 23.

⁴*Ibidem.*, p. 31.

⁵RAMIRES, *loc. cit.*

⁶RAMIRES, *loc. cit.*

o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo provido”.⁷

Esse caso traz em si o primeiro equívoco no uso dos precedentes que consiste na tentativa de subsunção ao caso anterior utilizando sua enunciação vaga. A decisão foi embasada meramente em uma ementa com descrições extremamente genéricas, que não refletem as reais circunstâncias e os fatos materiais do caso precedente.⁸

O caso precedente tratava de subtração realizada por uma empregada doméstica na residência de classe média, que era seu local de trabalho, e o fruto do delito limitou-se a dois porta-retratos.⁹

Completamente diverso, portanto, do caso posterior em que ocorreu a invasão do domicílio da vítima (que já constitui delito próprio previsto art. 150 do Código Penal), os valores foram bem diversos, principalmente se considerada a proporção do dano causado à família pobre furtada.¹⁰

Não significa aqui entrar no mérito e apontar que o caso em tela merece ou não a aplicação do Princípio da Insignificância, mas que a forma fundamentada, utilizando-se de precedente que não guarda similaridade em seus fatos materiais com os fatos do caso discutido. Esse fica escondido atrás de uma ementa abstrata, aplicável a praticamente qualquer caso, restando apenas constatar que, em verdade, houve uma decisão desprovida de fundamentação.

Caso 2: Um juiz, ao ter sob sua apreciação uma discussão sobre a progressividade das alíquotas do Imposto de Transmissão *causa mortis* e Doação, dá razão ao contribuinte que sustentava a inconstitucionalidade da lei estadual que estabelecia alíquotas progressivas para o imposto, e, refutando as alegações do estado-membro, de clara que a única alíquota aplicável é a menor de todas as previstas na lei (de 1%). Para fundamentar a posição, cita julgado do Supremo Tribunal Federal: decisão monocrática com data de 16/03/2006, prolatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no âmbito do Agravo de Instrumento 581154/PE.¹¹

Partindo para a análise do segundo caso, não mais temos a persistência do erro anterior, que se fundava na incompatibilidade de fatos materiais entre os casos, mas constitui outro equívoco perigoso.

Não obstante o precedente citado tratar-se de caso com circunstâncias idênticas às daquelas do caso posterior, o que desvirtuou esta fundamentação foi outro ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) proferir decisão, sob a mesma matéria, chegando em uma

⁷RAMIRES, 2010, p. 27

⁸RAMIRES, *loc. cit.*

⁹RAMIRES, *loc. cit.*

¹⁰RAMIRES, *loc. cit.*

¹¹*Ibidem.*, p. 28.

solução diametralmente oposta, declarando a constitucionalidade da progressividade nas alíquotas do tributo em questão (Recurso Extraordinário nº 411.943, relator Ministro Eros Grau, julgado em 15 de maio de 2006).¹²

Fica claro que há, no presente caso, a opção arbitrária pela escolha de um julgado, dando a ele eficácia suficiente para servir de fundamento para uma decisão. Não há menção a decisões proferidas em sentido contrário, que possuem entre si coincidência de matéria, momento histórico e hierarquia da corte emissora.

Esse é um dos erros mais comuns no uso dos precedentes e se faz muito grave, pois tendo em vista que temos um sistema judicial rico em decisões opostas, conferir força obrigatória para um precedente judicial (permitindo que seja atendido o dever de fundamentar através da menção desse julgado), torna explícito o caráter arbitrário de decisões proferidas com essa espécie de estrutura.

Caso 3: Ao ver-se perante o Tribunal do Júri, para ser julgado por um homicídio consumado, o réu declara que estava a receber violentos socos e pontapés por parte da vítima, pessoa maior e mais forte que o acusado; não tendo alternativa para fazer cessarem os golpes, diz ele, puxou a faca que portava e atingiu seu algoz no abdômen, causando-lhe a morte. Ao sustentar o pedido de condenação em suas alegações orais, a promotora de justiça invoca um verbete jurisprudencial retirado de um Código Penal comentado, que diz isto, e somente isto: “TJSP: ‘Não se configura legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas, não correndo risco a vida do réu, de molde a justificar sua violenta reação, aquele eliminado com uma facada’ (RT 548/308)”.¹³

O terceiro e penúltimo caso traz em si outro grave equívoco no uso dos precedentes, bem similar ao visto no primeiro caso, que consistirá na objetivação dos conceitos retirados dos precedentes para produzir um enunciado normativo que distorce qualquer característica que possa ser tida como associativa de casos por analogia.¹⁴

Ocorre que, ao propor que tal enunciado possa fundamentar a decisão futura, está se admitindo que há uma exclusão total da incidência de legítima defesa quando o agressor inicial está de mãos limpas e o que pratica a suposta defesa o faz com uma faca. Tal interpretação ignora muitas circunstâncias em que realmente podem estar presentes os requisitos legais para a legítima defesa, trazendo um caso novo de inaplicabilidade do instituto, mas sem qualquer previsão legal ou legitimidade.

Caso 4: Um magistrado sempre entendeu possível a prisão civil do depositário infiel que recebera o bem em alienação fiduciária. Muito embora houvesse reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça sustentando tal modalidade era incabível no sistema jurídico brasileiro (e.g., REsp 7943/RS e REsp 2320/RS), o juiz sucessivamente embasava suas decisões no entendimento majoritário do Supremo

¹²RAMIRES, 2010, p. 28.

¹³RAMIRES, *loc. cit.*

¹⁴RAMIRES, *loc. cit.*

Tribunal Federal, no sentido da possibilidade da segregação (e.g., HC 81319/GO e RE 206482/SP). O julgador era constantemente confrontado com argumentos de cunho constitucional contra as prisões que decretava, como os de que tratados constitucionais assinados e ratificados pelo Brasil haviam restringido o alcance da prisão civil à do devedor de alimentos (Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas, ao qual o Brasil aderiu em 1990; Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firma em 1948, em Bogotá, Colômbia), e que essas normas tinham status constitucional e aplicação imediata. Entretanto, continuava firme: se a maioria do STF julgava que a legislação ordinária que previa a prisão civil do depositário infiel não era inconstitucional, era porque não era. Quando, em 03 de dezembro de 2008, o Plenário do STF concluiu o julgamento dos Recursos Extraordinários 349703/RS e 466343/SP, alterando sua jurisprudência e finalmente estendendo a garantia de vedação da prisão civil por dívida a depositários infieis – em processos movidos por bancos contra devedores que tomaram bens em alienação fiduciária –, o juiz também passou a negar os pedidos de prisão feitos pelas instituições financeiras. O fundamento da negativa? A simples menção aos novos julgados do Supremo.¹⁵

O último caso relatado nos traz, uma vez mais, o uso do precedente de forma arbitrária para a fundamentação da decisão, não refletindo uma real deferência do magistrado à jurisprudência, mas uma linha de pensamento ilógica por parte do julgador, que escolhe a quais órgãos ou julgamentos se submete ou não, inclusive de forma completamente independente do conteúdo dos julgados. Antes discordava do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e julgava de forma diversa, pois supostamente interpretava de forma distinta a questão em foco, mas quando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) é prolatada nos mesmos termos da jurisprudência que o magistrado anteriormente combatia, passou a utilizá-la como fundamento.

2.1.1 A confusão entre os conceitos de Jurisprudência, Súmula e Precedente

Os instrumentos de vinculação e persuasão da jurisprudência no Direito brasileiro podem ser divididos em três espécies principais: súmula, jurisprudência geral e precedente. Os três são diferentes, em suas definições e funcionamentos, o que consiste em regimes bem diversos dos efeitos de cada um. Isso é previsto em nossa legislação, que traz instrumentos distintos de aplicação de cada uma das espécies. Entretanto, parece haver grande confusão quanto aos três quando se trata da sua menção em julgados e principalmente da doutrina, em especial quando se considera o tema da força obrigatória dos precedentes. Sobre as diferenças entre esses tipos, escreve Lopes Filho¹⁶:

Precedente não equivale a súmula ou a jurisprudência, e os três não devem ser utilizados/aplicados da mesma forma. Pode-se adiantar que precedente é um

¹⁵RAMIRES, 2010, p. 29.

¹⁶LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 128.

juízo que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante. Eis a primeira distinção importante: precedente e jurisprudência são fruto de atividade jurisdicional, enquanto súmula decorre de uma atividade administrativa.

A súmula é um instituto próprio do Direito brasileiro e tem origem nos assentos portugueses, que datam das ordenações manuelinas. As súmulas representam o maior nível de repetição de um sentido interpretativo dado a uma norma ou caso específico por determinado tribunal, por isso os maiores efeitos são emprestados a esse tipo de manifestação jurisprudencial. Assim, consiste em decisão administrativa do tribunal, através da qual se sumariza o entendimento reiterado em um texto, de redação geral e abstrata, externalizando da forma mais precisa possível o entendimento pacificado sobre a matéria.¹⁷

É importante observar sobre as súmulas que, não obstante haja um texto geral escrito pelo tribunal, o real entendimento encontra-se consubstanciado nos julgados que lhe deram origem. Portanto, existindo dúvidas acerca do real posicionamento da corte (sobre seus limites e consequências), devem ser consultados os julgados prévios, que muitas vezes encontram-se citados pela corte em conjunto com a súmula, no ato normativo e nas diversas formas de publicização.¹⁸

Não obstante, mesmo se tratando esse do conceito de súmula, a prática mostra que em muitos casos, de forma voluntária ou não, quando da redação final da súmula, ocorre uma perda de congruência com o precedente que o originou, aumentando ou diminuindo a abrangência de aplicação.

Um exemplo apontado pelo professor Hugo de Brito Machado Segundo é referente à Súmula nº. 239 do STF, que em sua redação vai além da essência dos julgados que a originaram, trazendo para seu âmbito de aplicação casos que pela ótica do precedente não estariam nas hipóteses de incidência da norma, possibilitando respostas jurídicas diametralmente opostas.¹⁹

Passando para outro ramo do direito, no que se refere às relações laborais, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) historicamente se utiliza muito das súmulas, anteriormente denominando-as de enunciados, podendo-se até identificar outros enunciados que não têm a força de súmula por apresentar apenas a visão de um órgão parcial do tribunal e não do pleno, único que edita as súmulas. Temos, assim, orientações jurisprudenciais das

¹⁷ LOPES FILHO, 2016, p. 128.

¹⁸ LOPES FILHO, *loc. cit.*

¹⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Súmula 239 do STF**. 2007. Disponível em: <<http://direitoedemocracia.blogspot.com.br/2007/12/smula-239-do-stf.html>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

seções de dissídios individuais e da seção de dissídios coletivos, além de precedentes normativos e algumas outras formas menos predominantes de enunciar a jurisprudência pacificada do tribunal.

É deste modo que, estando a súmula no mais alto patamar da pacificação de entendimento, restará para essa no sistema processual brasileiro a incidência dos efeitos mais fortes atribuídos pela legislação. Isso pode ser inferido de instrumentos como a súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, além da hipótese de admissão da repercussão geral de um Recurso Extraordinário que trata da violação de súmula do STF, dentre muitos outros.

O precedente, por sua vez, constitui um julgado específico (com número, partes, histórico, situação processual, fundamentação e dispositivo), que será tomado como referência, considerando sua individualidade, em casos posteriores.²⁰

A jurisprudência pode ser vista, nessa divisão, em dois sentidos diversos. O primeiro como gênero maior do qual fazem parte a súmula e o precedente. O segundo sentido consiste na concepção de jurisprudência como sentido mais singularizado, a exemplo de uma posição majoritária sobre determinada questão jurídica. Procura determinar, assim, uma tendência ou costume, ou até guinadas e reviravoltas, seguida por um tribunal ou determinado número de tribunais, acerca de uma matéria bem definida e tendo em vista um determinado momento (ou em retrospectiva histórica), buscando sempre ilustrar correntes majoritárias e minoritárias em uma espécie de estatística da decisão, sem que haja, na maioria dos casos, a efetiva certeza dos números, excetuando-se os recentes avanços da tecnologia da informação que permitiram o que se chama hoje de Jurimetria²¹.

Outro ponto que merece distinção é a utilização da ementa como se fosse efetivamente o julgado ou, ainda pior, sua *ratio decidendi*. A ementa é apenas uma forma de catalogar as decisões para uma pesquisa mais rápida. No entanto, ela tem sido usada como se fosse o precedente. Valendo o alerta de Streck na obra de Ramires que: “Raramente a ementa citada vem acompanhada do contexto histórico-temporal que cercou o processo originário.”²² Essa confusão do texto da súmula ou da ementa como consistindo na *ratio decidendi* julgado é criticada por Abboud e Streck²³:

²⁰RAMIRES, 2010, p. 30.

²¹A Jurimetria consiste, em resumo simples, em uma aplicação de elementos estatísticos ao Direito, possibilitado pela evolução da tecnologia da informação na análise de dados, principalmente através de recursos de inteligência artificial de aprendizado automatizado (*Machine Learning*), que é capaz de encontrar padrões decisórios analisando grandes conjuntos de dados.

²²RAMIRES, 2010, p. 9

²³ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - o precedente judicial e a súmula vinculante?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 64.

Daí não ser possível coadunar com Luiz Guilherme Marinoni, para quem a súmula vinculante seria a explicitação da *ratio decidendi* nos casos em que *ratio* não fosse facilmente aferível. Ocorre que a riqueza do precedente no *common law* é justamente a problematização que permite a investigação histórica de sua *ratio decidendi* em relação ao caso a ser solucionado (DNA institucional e jurídico). Desse modo, se fosse possível transformar em enunciado assertótico a *ratio decidendi* das decisões por meio de súmulas, qual seria, então, a função do precedente? O precedente é trabalhado no *common law* justamente porque não é possível perscrutar sobre a *ratio decidendi* sem confrontá-la com a decisão judicial (precedente) em relação ao caso concreto a ser decidido. Ou seja, da mesma forma que a súmula vinculante não pode entificar (SIC) o sentido interpretativo da lei para suas hipóteses de aplicação, ela também não pode pretender abstratamente indicar a *ratio decidendi* a ser utilizada para a solução dos casos futuros.

A utilização da súmula como algo recorrente na nossa experiência jurídica é a busca de aplicar nessa a lógica do uso dos precedentes, principalmente na forma já presente na tradição de países que utilizam o sistema do *stare decisis*, algo que significa incorrer em grande erro. Essa confusão é apontada por Maurício Ramires²⁴:

[...] os precedentes judiciais jamais são abstratos e genéricos (e, no sistema jurídico brasileiro, tampouco são vinculantes). A súmula, ao contrário, é por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade (e, por vezes, vinculação). Na súmula, o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram. Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não aproxima a prática jurídica nacional da tradição da *common law*, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame.

A comparação da súmula com o precedente parte de premissas frágeis. Na nossa criação de súmulas, os tribunais supostamente retiram com facilidade a razão fundamental de um julgado e rapidamente tornam essa geral e abstrata, tomando muito pouco das questões materiais que delinearão os casos originais. Isso supostamente corresponderia a procurar a *ratio decidendi* de um precedente para aplicá-la aos casos futuros. Porém, isso não guarda correspondência com a experiência dos precedentes, que têm muitas dificuldades em delimitar a *ratio decidendi* dos julgados, sendo sempre analisadas as circunstâncias materiais do caso anterior em direta comparação com as do caso presente.

O precedente, desta maneira, é analisado segundo diversos fatores em sua integralidade e apenas na perspectiva de comparação com o caso posterior, não existindo como se realizar a operação de abstração que realizamos nas súmulas, visto que consistiria em violação da própria força do julgado, ao se vincular a uma interpretação específica do julgamento e não ao mesmo. A questão da delimitação da *ratio decidendi* e outros tópicos acerca do funcionamento do precedente na doutrina do *stare decisis* terão a devida atenção na terceira seção desta obra.

²⁴RAMIRES, 2010, p. 62.

Esse raciocínio leva à conclusão de que ao se deparar com um caso, e verificar-se a subsunção ou não do caso concreto à súmula, o resultado dessa operação lógica significa que haverá várias inferências seguidas em cadeia de até quatro ou cinco, para chegar-se ao fundamento normativo da decisão. Logo, decide-se desta forma, pois se interpretou a súmula, que já foi uma interpretação dos julgamentos anteriores do tribunal que interpretaram a norma jurídica. Adicionem-se a esse problema, ainda, muitas variáveis, como a existência da súmula de um tribunal que interpreta a aplicação da súmula de uma outra corte, hierarquicamente superior. Teceremos mais considerações sobre o tema durante o capítulo que trata da motivação das decisões judiciais.

2.2 O contexto de valorização da jurisprudência e ascensão do Poder Judiciário

É notório, já há alguns anos, que podemos identificar na prática jurídica brasileira o crescimento exponencial da importância dada à jurisprudência para todos os aspectos da experiência jurídica, indo da produção de novos julgados até influências na produção legislativa e na doutrina feitas pelos juristas.

A jurisprudência passou, assim, a ser reguladora da atividade dos operadores do Direito como um todo, inclusive da própria sociedade, visto que remete a uma regulação mais ampla, cobrindo obscuridades e omissões dos frutos do Poder Legislativo.

Tal fenômeno foi possibilitado e ampliado em decorrência de diversos fatores, mas decisivamente podemos apontar: 1) a ampliação do acesso aos julgados e súmulas por meios eletrônicos; 2) maior divulgação dos julgamentos através da mídia, inclusive da própria *TV Justiça*; 3) o surgimento recorrente, desde 2004, de vários instrumentos de vinculação jurisprudencial, voltados à padronização de decisões judiciais, que vêm se proliferando em nossa legislação como tentativa de resposta à litigância em massa; 4) o fortalecimento da jurisdição constitucional baseada na normatividade dos princípios na forma concebida pelos neoconstitucionalistas.

Sobre o acesso e uso de julgados através dos sistemas de repositório jurisprudencial, já alertava Carlos Maximiliano²⁵:

Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem aos advogados o êxito e aos juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente.

²⁵MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 181.

O uso de jurisprudência como fundamentação das decisões judiciais parece ser uma realidade cada vez mais crescente, produzindo em alguns casos uma atividade jurisdicional nos primeiros graus de jurisdição pouco criativa e acostumada a reproduzir os discursos pré-fabricados das decisões dos tribunais superiores. Por outro lado, em outros casos, produz forte intercâmbio de experiência e uma carga de fundamentação mais elaborada, principalmente quando o magistrado busca fugir da posição dominante.

O estudo da jurisprudência passa a ser uma realidade nas aulas das faculdades de Direito, chegando ao ponto em disciplinas como o Direito do Trabalho ser impensável não aliar o estudo da lei e doutrina trabalhista com o das súmulas e orientações jurisprudenciais do TST. Esse ciclo é alimentado pela cobrança do conhecimento da jurisprudência em concursos públicos, que é cada vez mais exigida nos certames. Um dos problemas dessa prática no ensino jurídico é o fato de que ela tem produzido uma cultura de reprodução acrítica de conceitos, além de manuais cada vez mais compiladores de jurisprudência, tornando a real doutrina jurídica crítica no Brasil escassa e, quando muito, apenas presente nos níveis de pós-graduação.²⁶

Como tal orientação parece ser uma tendência do Direito brasileiro, já observada em muitos outros institutos, foi feita a importação de uma ou mais doutrinas e perspectivas jurídicas estrangeiras e foram mixadas entre si e com concepções nacionais para produzir uma proposta de sincretismo atrapalhado e pouco adaptado à nossa realidade.

Esta tradição é observada em opções como um controle de constitucionalidade tanto concentrado quanto difuso, chegando à teoria da ubiquidade do lugar do crime, para mencionar versões legislativas; enquanto em algumas partes da doutrina, o maior exemplo é o sincretismo metodológico das concepções acerca dos princípios e regras, importando as doutrinas de Dworkin e Alexy e fazendo delas uma terceira coisa, conciliando o inconciliável.²⁷

É nesse contexto que surge a discussão mais relevante, motivada primeiramente pela prática judiciária, que em alguns pontos tem sido pródiga no uso de julgados anteriores na fundamentação das decisões, atribuindo-lhes um efeito obrigatório sem o correto respaldo técnico, teórico e normativo. É comum deparar-se na prática jurídica cotidiana com a utilização, como argumento principal ou único de uma decisão judicial, da transcrição da ementa de algum julgado. Tal conduta é sancionada pela doutrina normativista, ainda

²⁶ABBOUD; STRECK, 2013, p. 65

²⁷SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**.v. 1, 2003, p. 607-630.

majoritária, que vem subvertendo a vinculação precedente no direito brasileiro, através dos equívocos que viemos apontando, justificando suposta aproximação do nosso sistema com o *common law*, mas confundindo entre si os conceitos básicos sobre o tema como precedente, súmula e jurisprudência. As mesmas preocupações são apresentadas pelo professor Lopes Filho²⁸:

Mais do que representar, contudo, um movimento novo, no Brasil, faz-se uma amálgama do realismo ianque dos anos 1920 e 1930 com as pretensões exegéticas francesas do século XIX, e não algo realmente inovador em relação aos precedentes. Portanto, teoricamente se aponta para os pronunciamentos judiciais, mas sem ainda se ter um referencial adequado.

A utilização equivocada a qual nos referenciamos é relacionada a um dado respeito para decisões anteriores, mas em uma visão extremamente distorcida, que não leva em conta todo um espectro de ponderações de cunho hermenêutico e sistêmico, que envolvem a aplicação de precedentes, principalmente aquelas que englobam a consideração ampla dos fatos pretéritos e atuais. Dessa maneira, reduz-se a jurisprudência e o precedente a uma ementa de julgado, extremamente abstrata, com a qual é feita uma mera aplicação literal ao caso atual, considerando desnecessárias maiores conjecturas.²⁹

Não significa isso que essa prática equivocada dos precedentes seja algo presente em todas as decisões, mas que pela complexidade própria do precedente judicial, surgem várias formas de utilização que necessitam de um maior embasamento teórico para questionar a maneira e funcionamento da vinculação aos julgamentos anteriores, melhor delimitando quando se está a passar de uma mera eficácia persuasiva à eficácia obrigatória. Essa forma de decidir é influenciada, em muitos aspectos, por uma postura de aceleração e massificação das respostas judiciais como uma tentativa de solução para a imensa demanda judicial que tem surgido nos últimos anos, ocupando os tribunais e gerando morosidade na prestação jurisdicional.

Por um aspecto, essa grande procura pelo Judiciário revela o paulatino crescimento de legitimidade social, por demonstrar a confiança dos cidadãos na prestação jurisdicional, e a afirmação desse poder estatal como mais próximo da sociedade e mais confiado ao longo dos anos em que vivemos sob a égide de um novo regime constitucional democrático. No entanto, o aumento da estrutura do Poder Judiciário e os aspectos legislativos, principalmente os de natureza processual, possibilitam uma intensa permanência

²⁸LOPES FILHO, 2016, p. 29.

²⁹LOPES FILHO, *loc. cit.*

das demandas em fluxo, provenientes das diversas instâncias em revisões constantes dos julgamentos, até se chegar aos tribunais superiores.

De fato, o problema da morosidade é um grande desafio do Judiciário brasileiro como reconhecido pelo próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁰. Contudo, as respostas buscadas se encontram, em sua grande maioria, vinculadas ao momento da decisão judicial, com soluções de padronização, gerando uma diminuição crescente na qualidade da prestação jurisdicional, visto que compromete seu principal ponto, ao invés de investir na desburocratização e no aumento da rapidez dos procedimentos secundários e decisões interlocutórias.

O Judiciário tem obtido visibilidade maior perante a sociedade, inclusive com a própria emissora de televisão, o que é positivo do ponto de vista da publicização das decisões e sua legitimação social, além de trazer ao magistrado a visão da sociedade sobre os temas abordados. Entretanto, isso não pode significar a escravização do juiz pela opinião pública ou mídia, em face da perspectiva que o próprio caráter contramajoritário traz consigo, característico da jurisdição constitucional.

No contexto de ascensão do Judiciário durante os últimos trinta anos de nova ordem constitucional, algumas das questões centrais foram o aumento do acesso à jurisdição e do crescimento exponencial do número de demandas judiciais, ambas revelando que a estrutura do Judiciário brasileiro não estava preparada para responder em tempo hábil a sociedade.³¹

O grande número de ações que chegam aos tribunais superiores, que têm competência nacional e número reduzido de magistrados, logo se tornou um problema de igual proporção. Ao longo desses anos, os tribunais e a legislação vão desenvolvendo formas de barrar o acesso às instâncias extraordinárias, como tentativa de solução do problema, principalmente nas matérias e casos considerados de menor importância.

Posturas como a adotada no julgado em que o STJ considera a oposição do Recurso Especial antes do julgamento dos embargos de declaração como intempestivos, sendo necessária a nova interposição após a decisão dos embargos, refletem bem a postura da jurisprudência defensiva em barrar a entrada de recursos no tribunal a todo custo.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. O recurso especial interposto antes do julgamento dos

³⁰BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019, p. 37-38.

³¹CNJ, 2011.

embargos de declaração é intempestivo, devendo ser reiterado no prazo recursal. Agravo regimental não provido.³²

Considera-se, portanto, que ambas as partes sejam sucumbentes em determinada decisão contra a qual uma delas interpõe Recurso Especial e a outra apresenta embargos declaratórios. Quem apresentou o Recurso Especial deverá reiterar os termos, ou seja, interpor novamente o apelo após a decisão dos embargos interpostos pela parte contrária, sob pena de não conhecimento do Recurso Especial interposto. Tal perspectiva representa um formalismo sem valor e sem qualquer base legal, fundado unicamente no aumento da burocratização para diminuir os recursos que são conhecidos e tem o mérito efetivamente apreciado.

Por outro exemplo, a ausência do número do processo no tribunal de origem na guia de recolhimento em que foram pagas as custas processuais é motivo suficiente para o não conhecimento do Recurso Especial. Mais uma vez, mostra-se o formalismo sem valor, incompatível com uma perspectiva constitucional do direito processual. Atente-se, ainda, que a fundamentação na ementa tem por base princípios como o devido processo legal e proporcionalidade, que são utilizados para fundamentar a violação deles mesmos, em uma visão incongruente com a sua própria essência.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO. ANOTAÇÕES FEITAS À MÃO. NECESSIDADE DE CONSTAR O NÚMERO DO PROCESSO NA ORIGEM. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. 1. A eg. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, "a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo" (AgRg no REsp 924.942/SP, de relatoria do e. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado na sessão de 3/2/2010 e publicado no DJe de 18/3/2010). 2. Com isto, ficou consolidado, no âmbito deste STJ, o entendimento de que, em qualquer hipótese, a ausência do preenchimento do número do processo na guia de recolhimento macula a regularidade do preparo recursal, inexistindo em tal orientação jurisprudencial qualquer violação a princípios constitucionais relacionados à legalidade (CF, art. 5º, II), ao devido processo legal e seus consectários (CF, arts. 5º, incs. XXXV e LIV, e 93, IX) e à proporcionalidade (CF, art. 5º, § 2º). Ressalva do entendimento pessoal deste Relator, conforme voto vencido proferido no julgamento do AgRg no REsp 853.487/RJ. 3. Na hipótese em exame, a guia de recolhimento do preparo do recurso especial não foi devidamente preenchida com a correta indicação do número do processo junto ao Tribunal de origem. Portanto, é forçoso reconhecer a inviabilidade de conhecimento do apelo especial. 4. As anotações feitas à mão na respectiva guia

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 755.271, DF. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 16 de junho de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15817636/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-755271-df-2010-0068803-2-stj/relatorio-e-voto-16837818?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 maio 2019.

de recolhimento não podem ser consideradas, não sendo aptas a demonstrar a regularidade do preparo. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento.³³

Nessa visão de resolução dos problemas de excesso de demandas judiciais, parece, com base no foco das recentes reformas, não haver interesse no aumento do número de ministros, aumento da estrutura geral, instrumentos de maior punição da deslealdade processual, modificações nos privilégios processuais do poder público, reformas que privilegiem a coletivização do processo. Essas medidas parecem mais efetivas para uma mudança processual que traga maior efetividade à tutela jurisdicional do que uma mera adoção de posicionamentos sem firme amparo legal ou constitucional, na tentativa de barrar a entrada de recursos nos tribunais superiores.

Essa postura observada nos órgãos jurisdicionais superiores vem, em muitos pontos, sendo corroborada pelo legislador e por parte da doutrina, podendo-se observar muitas mudanças legislativas que reforçam a jurisprudência defensiva, como os exemplos da repercussão geral, incidentes de resolução de demandas repetitivas, incidentes de assunção de competência, súmulas vinculantes, entre outros. Isso sem contar a doutrina, que busca ir além ao instituir modelo de precedentes obrigatório para o Direito brasileiro.³⁴

Muitas das respostas desenvolvidas para esses problemas ao longo dos anos têm um caráter de possibilitar um número cada vez maior de decisões, em um aspecto de reprodução de julgados anteriores e de descaso às particularidades dos casos concretos, além do pouco respeito ao contraditório real, pois partem do princípio de que os argumentos das partes não têm força para modificar a decisão proferida pelo magistrado, visto que esse já teria uma visão preconcebida e imutável sobre os temas a serem abordados. Nesse sentido, criam-se respostas como a do Recurso Especial Repetitivo em que a decisão de um recurso será válida para todos os outros que envolvem o mesmo tema.

Sob tal perspectiva se alia o controle por um órgão externo, o CNJ, que cobra, através de suas resoluções, a reprodução dessas condutas de produção de decisões em massa, tendo como objetivo a aceleração da prestação jurisdicional “garantida” pela qualidade do conteúdo nos sistemas de vinculação jurisprudencial e grande possibilidade de acesso às jurisprudências de caráter extraordinário, exercidas pelos tribunais superiores. Coaduna-se isso ao intenso controle hierárquico, feito pelos tribunais e pelo conselho sobre os magistrados de graus inferiores, considerando como fatores positivos para progressão na carreira o respeito

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.105.229, MG. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 18 de março de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18489857/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1105229-mg-2008-0256564-1-stj/certidao-de-julgamento-18489860>>. Acesso em: 25 maio 2019.

³⁴ ABBOD; STRECK, 2013, p. 69.

aos julgados superiores e as estatísticas de quantidade de processos julgados ou com acordo, formando verdadeiro sistema de sanções premiaias.

Um grande exemplo desta prática encontra-se no artigo 5º, da Resolução nº 106/10 do CNJ, que prevê sanção premial de promoção por merecimento ao magistrado que julga de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores e contra sua própria convicção. O comentário de Lopes Filho³⁵ sobre o tema é digno de nota:

Essa deletéria mistura entre o controle da função jurisdicional – de uma instância sobre a outra – e da progressão funcional, a estimular a patologia hierárquica, foi institucionalizada pelo Conselho Nacional de Justiça pela Resolução nº 106/10. Prescreve seu art. 5º, “e”, que a avaliação da qualidade das decisões proferidas pelo magistrado deve considerar —o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Portanto, se a concentração, nos tribunais de segundo grau, do controle recursal e do controle funcional age tacitamente para um alinhamento dos julgamentos, o dever de deferência aos tribunais superiores, nesse tocante, é imposto explicitamente.

A perspectiva geral de maior quantidade de decisões sem grandes preocupações com sua qualidade, ou crendo que ela está ligada ao controle dos tribunais superiores fez-se, inclusive, constitucionalmente impulsionada nos últimos anos com a adoção de princípios como da eficiência (Emenda Constitucional nº. 19/1998) e da duração razoável do processo (Emenda Constitucional nº. 45/2004), que não compreendem qualquer aspecto ou ponderação de justiça material, como também da súmula vinculante.

Este quadro se traduz na grande hierarquização da interpretação do Direito, que tende a se concentrar nos tribunais superiores e principalmente no STF, algo que na prática significa colocar nas mãos de poucas pessoas, nomeadas pelo Presidente da República, os desígnios de todo o sistema jurídico, formando uma construção muito pouco democrática da concretização da Constituição. Trata-se de uma concepção incompatível com os ditames pós-positivistas, que buscam a realização de um direito mais fundamentado na realidade social, o que é normalmente desempenhado pelo juízo de piso, visto que ele tem o contato pessoal com as partes, enquanto as jurisdições superiores chegam, inclusive, a se negar discutir matérias fáticas.³⁶

A nova jurisdição constitucional exercida pelo STF tem assumido essas feições de busca por uma eficácia cada vez mais ampla e vinculante às suas decisões, inclusive quando estes efeitos vão além do que está constitucionalmente previsto para as competências do tribunal. Isso pode ser exemplificado pela extensão dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, chamado de abstrativização, buscando, em muitos casos, atribuir eficácia

³⁵LOPES FILHO, 2016, p. 83.

³⁶ABBOUD; STRECK, 2013, p. 75.

erga omnes e caráter vinculante também a essas decisões e sobrepondo uma norma constitucional expressa (art. 52, inciso X, CF/88), considerando que ela teria sido revogada por mutação constitucional.³⁷

É esse o contexto atual de fortalecimento do Judiciário, que tem na sua base a concepção de aumento dos poderes dos juízes, principalmente dos tribunais superiores, que por terem uma tendência de julgar cada vez menos processos, tendem a buscar um efeito cada vez maior para suas decisões, para vincular outros julgamentos e casos.

Essa transição que molda o constitucionalismo contemporâneo ocorre logo após o fim da segunda guerra mundial, primeiramente em países como a Inglaterra, Alemanha e França, em que se experimentou a constitucionalização e judicialização do direito, aliado à criação ou fortalecimento de cortes constitucionais.³⁸

Acontecem, então, as três ondas de democratização. Primeiramente no final da década de 1970 com a redemocratização no sul da Europa, principalmente Portugal e Espanha. Em segundo lugar com a instauração de nova ordem constitucional também na América Latina, ocorrida na década de 1980 e, por fim, as reconfigurações políticas no centro e leste da Europa na década de 1990, que também criaram novas ordens constitucionais.³⁹

O crescimento da força do Judiciário, nesse contexto de consolidação das novas ordens constitucionais democráticas é, por um lado, bastante previsível, visto que a ideia de uma Constituição garantidora de direitos fundamentais está intimamente ligada à sua eficácia e justiciabilidade, que se fazem bem características no esquema pós-positivista que se forma.

Ran Hirschl critica essa concepção por considerá-la simplista, visto que se a lógica de evolução mundial do Judiciário estivesse ligada diretamente ao fenômeno das democratizações, tal crescimento teria acontecido de forma mais uniforme. Contudo, o que se vê na prática é que as variações foram bastante significativas nos diversos países, que vão desde a natureza e finalidade própria da expansão judicial, até a questão da velocidade com que se consolidou.⁴⁰ Assim, em prosseguimento a sua crítica, o jurista canadense propõe explicações diferentes para o fenômeno de fortalecimento do Judiciário, passando a classificá-los em três grandes grupos: as teorias evolucionistas, as explanações funcionais e os modelos econômicos institucionais.⁴¹

³⁷MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50-100.

³⁸LOPES FILHO, 2016, p. 28

³⁹LOPES FILHO, *loc. cit.*

⁴⁰HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 31.

⁴¹HIRSCHL, *loc. cit.*

As teorias evolucionistas realizam a identificação entre a ascensão do Judiciário e o fortalecimento da doutrina que lhe dá suporte na mudança do sistema político e econômico. Assim, o sistema positivista e o Judiciário mais fraco faziam parte do sistema liberalista. E a consolidação democrática do pós-guerra, preocupada com a estabilização dos direitos fundamentais, estaria inserida na vertente de reencontro entre direito e valor, na perspectiva do fortalecimento das instituições judiciais para a realização desses direitos. Essa visão é bastante similar à primeira exposta e realiza a conexão entre promulgação de uma Constituição democrática com a assunção de um papel de protagonista pelo Judiciário.⁴²

As explanações funcionais percebem as mudanças constitucionais como uma reação às pressões sofridas pelo sistema político. Quanto mais patente for a inércia dos demais poderes em efetivar seu papel constitucional, maior será esse papel assumido pelo Judiciário, de forma subsidiária, na busca de cumprir o mandamento constitucional acima da mera repartição de funções.⁴³

Já os modelos econômicos institucionais justificam o aumento do papel do Judiciário e da Constituição no sistema jurídico como uma forma de assegurar as condições propícias ou desenvolvimento e funcionamento da economia de mercado, principalmente no pertinente ao valor da segurança jurídica enquanto previsibilidade. Assim, a judicialização consiste no instrumento do momento histórico para a garantia dos interesses do capital. Pois, o funcionamento do sistema de mercado exige a previsibilidade nas relações jurídicas em um sistema que proteja o capital e a propriedade privada. O Judiciário, fincado na estabilidade de uma ordem constitucional, pode garantir isso acima de transições e partidos políticos, o que lhe põe acima do Executivo e do Legislativo para efetivar tal tarefa, principalmente se presente a vontade em efetivar esses valores.⁴⁴

O Judiciário passa a ser o instrumento do momento na mão da burguesia capitalista para garantir que os interesses mercadológicos sejam resguardados, assim como as outras funções estatais já tiveram sua supremacia em períodos anteriores em que o momento histórico e a conjuntura social eram propícios.⁴⁵

Parece, no entanto, que os tempos mudam, mas as práticas continuam as mesmas. A burguesia prometeu a garantia de direitos ao povo para formar uma aliança contra o antigo regime absolutista e empreendeu a Revolução Francesa, passando a não haver nenhuma efetividade à igualdade e à fraternidade. Nesse sistema liberalista, a garantia do capital estava

⁴²HIRSCHL, 2004, p. 33.

⁴³HIRSCHL, *loc. cit.*

⁴⁴HIRSCHL, *loc. cit.*

⁴⁵HIRSCHL, *loc. cit.*

no positivismo exegético do Estado Legislativo. Os novos tempos de Judiciário forte e neoconstitucionalista prometem entregar efetividade aos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações através do ativismo, mas parecem esbarrar na reserva do possível e se manter num campo meramente simbólico, enquanto os interesses mercadológicos são efetivamente garantidos e se busca uma estabilização cada vez maior destes princípios.

Esse argumento é corroborado pela posição do Banco Mundial em documento técnico⁴⁶ que aborda a situação dos Judiciários da América Latina, recomendando reformas para o bom funcionamento do mercado capitalista, que tem destaque para a previsibilidade das decisões.

As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.

Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.

A teoria normativista dos precedentes, em tese, contribuiria com os propósitos da perspectiva econômica, visto que ela tem como principal objetivo a obtenção da segurança jurídica como previsibilidade, através do controle da interpretação do Direito pela cúpula judicial reforçada pelos mecanismos de padronização decisória. Portanto, já conhecíamos o valor buscado por essa doutrina, mas agora podemos observar também a ideologia e o grupo econômico a que servem estes interesses. Ao conceber o precedente, na forma desta doutrina, em um mandamento abstrato que deve ser seguido pelas instâncias inferiores, transforma-se em um sistema mais facilmente controlável segundo a compatibilidade com os interesses do mercado. Principalmente quando o poder está concentrado nas canetas de poucos juizes, que devem muitos favores políticos para atingir as mais altas cortes por critérios de indicação.

Podemos identificar, dessa maneira, que sob a perspectiva econômica, o crescimento e verticalização do poder no Judiciário são instrumentos que servem ao modelo

⁴⁶ DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial. **O SETOR JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE: ELEMENTOS PARA REFORMA**. Washington: Banco Internacional Para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996. 61 p. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2019, p. 18.

capitalista neoliberal de economia de mercado, em que um dos pontos mais importantes para a estabilidade dos negócios é a garantia da previsibilidade das condutas e suas qualificadoras.

Outra observação feita por Ran Hirschl que contextualiza o fortalecimento do Judiciário é a constatação de que o poder obtido pelo Judiciário é politicamente construído por um pacto estratégico liderado pelas elites políticas constantemente ameaçadas, que buscam manter suas concepções políticas e sociais intocadas contra as mudanças democráticas e, principalmente, a afirmação dos direitos das minorias, visto que a constitucionalização dos direitos permite que o Judiciário realize alguns desses direitos que são necessários para a manutenção do equilíbrio social, sem que seja necessária a discussão, aprovação e aceitação desses direitos pelas instâncias políticas. Essa transferência de decisão para a instância jurídica faz nascer o que o autor chama de Juristocracia.⁴⁷

Assim, muitas questões que antes estavam presentes no âmbito da decisão democrática pelos parlamentares, passam agora a ser resolvidas pelo Judiciário, o que ocasiona uma transformação do que antes era político em jurídico. Pelas palavras de Alejandro Nieto⁴⁸:

Para resolver técnicamente este cambio de foro se hace imprescindible, por tanto, proceder a una mutación previa, transformando em jurídico lo originariamente político, con lo cual se legitima formalmente al tribunal que va a intervenir; aunque admitiendo que en rigor los jueces sólo podrán resolver los aspectos legales, que son marginales, y dejarán intacto el fondo de la cuestión, que así cerrará en falso.⁴⁹

Os poderes adquiridos pelo Judiciário, portanto, encontram-se em uma periferia das reais grandes questões políticas, que não chegam de fato para sua apreciação, restando nas mãos da elite política, que tem como principal objetivo a manutenção do *status quo* e de sua hegemonia política e econômica.

O Judiciário, nesse contexto em que os direitos ganham maior justiciabilidade, mesmo que um tanto quanto ilusória, vai passar a ocupar um lugar diferente no imaginário da sociedade, caracterizado pela fragmentação e despersonalização do poder, que não mais permite a sua personificação. Perdido dentro deste poder fragmentário e buscando o conforto de uma entidade protetora das minorias, o Judiciário passa a ser visto dentro do arquétipo do pai dominante no imaginário social.⁵⁰

⁴⁷HIRSCHL, 2004, p. 38.

⁴⁸NIETO, Alejandro. **El Desgobierno Judicial**. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero, 2004, p. 248.

⁴⁹Para resolver tecnicamente esta troca de foco se faz imprescindível, para tanto, proceder a uma mutação prévia, transformando em jurídico o que era originalmente político, com o que se legitima formalmente o tribunal que intervirá, ao mesmo tempo que admitindo que, a rigor, os juízes apenas podem resolver os aspectos legais, que são apenas marginais e deixam intacta a questão de fundo, que se concluirá de modo falso.

⁵⁰MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

O que acontece nesse contexto paternalista é que o Judiciário passa a ser visto como algo a ser venerado e amado, em uma perspectiva quase religiosa, como o seu verdadeiro pai, visto que esta sociedade de caráter pós-moderno e multifacetário não consegue mais se encaixar nos modelos imaginários clássicos e por isso se sente órfã e carente da paternidade judicial. Ocorre que a sociedade passa a transferir seus anseios por respostas aos conflitos valorativos e morais para o Judiciário, que passa a funcionar, na perspectiva de Ingeborg Maus, como superego da sociedade.⁵¹

Como arremata a jurista alemã, não se produz com isso a busca da socialização da justiça, mas a assunção dos papéis já comentados acima de alívio político das elites e instrumento do sistema econômico. Nas palavras de Ingeborg Maus⁵²:

Com a desapropriação dos espaços imunes ao direito por parte de um Judiciário que faz das normas “livres” e das convenções morais pontos de referência de suas atividades, torna-se identificável a parte de coação estatal existente na delegação do superego social à administração contenciosa da moral. Ao mesmo tempo, a usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais manejadas conservem seu caráter original. Elas não levam a uma socialização da justiça, mas a uma funcionalização das relações sociais contra as quais as estruturas jurídico-formais formavam, outrora, uma barreira.

Esse problema cresce na perspectiva da falta de uma cultura democrática de transparência e participação na construção das decisões, que são tidas como atos de vontade isolada do juiz, além da própria obscuridade da administração interna do Poder Judiciário.⁵³

O estado de valorização do Judiciário é decorrente de sua ascensão, aliada à queda do Legislativo, ocorrida nos últimos anos em que o país passa a desenvolver uma prática de jurisdição constitucional. Esse é o Poder que tenderá a assumir alguns papéis que antes eram vistos como exclusivamente pertencentes ao Poder Legislativo.⁵⁴

O Poder Legislativo teve, historicamente, sua fase de supremacia e maior valorização durante o período iluminista revolucionário francês, visto que a quebra com o Antigo Regime, sem a substituição imediata total dos magistrados, era vista como possível através do controle por normas escritas, as quais deviam ser aplicadas em sua literalidade gramatical.

Nesse período inicial ocorre uma grande valorização da lei escrita e dos códigos, ainda encarando pouca normatividade na Constituição e a preservação do seu sentido literal

⁵¹MAUS, 2010, p. 15.

⁵²*Ibidem.*, p. 20.

⁵³ MAUS, *loc. cit.*

⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 26 maio 2019, *online*.

reproduzido nas decisões judiciais como uma garantia do cidadão contra o Estado, que girava em torno manutenção do princípio da legalidade. Tal contexto representou uma primazia do Poder Legislativo.

A concepção política da referida doutrina, denominada de Escola da Exegese, consistia em conferir legitimidade aos legisladores, eleitos pelo sufrágio, pois na lógica da França revolucionária, seriam esses representantes dos interesses do Terceiro Estado e da revolução. Condição diferente dos magistrados, classe em que não se poderia confiar, pois eram remanescentes do *Ancien Régime*.

Esta concepção formalista, que tinha na legalidade a garantia absoluta e negando a criatividade da atividade jurisdicional, era como partes da construção do regime capitalista em seu começo, que tinha como objetivo o crescimento e a estabilização política da burguesia. A revolução industrial e a divisão da sociedade não mais em estamentos, mas em classes sociais, representou momentos de revisão e expansão do capitalismo sob uma nova ótica.⁵⁵

Essas concepções formalistas iriam ter grande força no período subsequente. Porém, passarão a sofrer fortes críticas na metade do século XIX, no sentido de ressaltar o caráter de escolha do juiz presente na decisão como elemento inevitável. A lição de Cappelletti⁵⁶ resume bem o tema:

Em todas suas expressões, o formalismo tendia a acentuar o elemento da lógica pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da escolha. Típico de todas essas revoltas – representadas por várias escolas de pensamento, como a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessen jurisprudenze* a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Gény e de seus seguidores na França – foi, ao contrário, o reconhecimento do caráter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e, assim, do juiz como mera e passiva “inanimada boca da lei”.

O Estado e o Direito, durante o período formalista, haviam tornado-se interdependentes e sinônimos. Inicia-se uma intensa carga regulatória do Estado, que não mais podia deixar operar sob a livre regulação do mercado, pelo risco de uma crise completa e revolta da classe operária. Nesse contexto, ocorre o surgimento dos direitos sociais (em especial do Direito do trabalho e da seguridade social), além de leis que passavam a proibir algumas práticas nocivas de mercado, como o monopólio e o *dumping*. Esse foi o caminho

⁵⁵Este período de revoluções burguesas e mudanças políticas relevantes ocorridas no fim do século XVII e consolidado durante todo o século XIX, foi dotado de um grande formalismo, por influência do racionalismo iluminista, havendo vários movimentos relevantes, similares à Escola da Exegese, tanto na Alemanha quanto na Inglaterra.

⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 31.

para o desenvolvimento do chamado Estado do bem-estar social (*welfare state*), caracterizado pela intervenção estatal nos mais diversos domínios.⁵⁷

O crescimento da legislação para amparar o controle das relações sociais pelo Estado, aliado a uma intensa heterogeneização dos parlamentos em decorrência da universalização do sufrágio e do crescimento da identidade política dos movimentos sociais, além do sindicalismo de forte influência marxista, vão tornar cada vez mais difícil encontrar nas leis uma visão única e indubitável da regulação social, algo que, entre outros fatores, colocará em xeque a supremacia do Legislativo.⁵⁸

O período seguinte envolveu o protagonismo do Poder Executivo, com forte influência no Brasil até os dias atuais, muito em decorrência do paternalismo e do populismo característicos da nossa experiência política. O tema é bem abordado por Lopes Filho⁵⁹:

Portanto, a decadência do Estado legislativo foi seguida pela ascensão do Executivo no quadro institucional em dois pontos. Primeiro, o aumento institucional proporcional ao crescimento de seus deveres e obrigações de implementação de políticas públicas. Em se entendendo que o Executivo exerce a função de administração pública, o conceito desta é diretamente afetado pela concepção ideológica de Estado vigente. Se em um Estado liberal absentista se concebia um Estado mínimo, também diminuta era a coisa pública a ser administrada e, por via de consequência, o Poder Executivo. Ao contrário, em um Estado social intervencionista, há muito o que se administrar, demandando o aumento do Executivo não só quantitativamente (criação de mais órgãos e entidades da administração indireta), mas qualitativamente (mediante o incremento do Poder de Polícia e dos serviços públicos, como também a criação das funções de intervenção, fomento e regulação).

O segundo ponto refere-se ao incremento da delegação legislativa ao Executivo. A impossibilidade de consenso mais amplo que permitisse uma legislação mais apurada produziu, cada vez mais, leis carentes de regulamentação, ao que se somou a delegação direta do poder normativo primário para o chefe de governo. No Brasil, o uso das medidas provisórias, sobretudo antes da redação da Emenda Constitucional nº 32/2001, é demonstração eloquente de como o nível de estagnação parlamentar pode ocasionar o fortalecimento dos poderes normativos do Executivo.

Feitos os rápidos comentários sobre a era do Executivo, para não fugir do foco, entramos, por conseguinte, na era do Judiciário, que se caracterizará por um intenso crescimento no acesso à jurisdição, ocorrendo a ampliação dos poderes jurisdicionais e ampliação da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo do pós-guerra teve como uma de suas características, em várias cortes constitucionais do mundo, uma confusão entre Direito e política através de

⁵⁷CAPPELLETTI, 1999, p. 32.

⁵⁸LOPES FILHO, 2016, p. 41-60

⁵⁹*Ibidem*, p. 43.

decisões judiciais que começavam a adentrar no campo que anteriormente estava restrito à política majoritária, do Executivo e Legislativo.⁶⁰

Esse contexto de judicialização da política na nova ordem constitucional brasileira é bem apontado por Sérgio Campos⁶¹:

O processo de transição para a democracia no Brasil, em fins do séc. XX, caracterizou-se por uma permanente tensão entre a ação governamental orientada pelas exigências do mercado e a CR 1988, decorrente da prevalência dos objetivos estratégicos da economia em detrimento da formação da opinião e da vontade nas esferas públicas. Esta tensão se refletiu em recorrente conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e o Poder Judiciário, de outro, na medida em que diversos setores da sociedade passaram a demandar deste a realização da Constituição, promovendo, assim, um processo de judicialização da política.

Tal fenômeno de judicialização não ocorreu logo após a promulgação da nova Constituição Federal, mas ocorreu lentamente e vai dar seus primeiros passos em 1998, apenas uma década após a fundação no novo regime democrático. Tal poder se observa na perspectiva do controle jurisdicional, por parte do STF, dos critérios que autorizam a edição de Medida Provisória. Até 1997, o entendimento era de que não cabia ao Judiciário realizar este controle:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO 2º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.692/93, PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.520/93. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 62;150, I, III, B E 6º; E 236, 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para edição de medida provisória [...].⁶²

Apenas em abril de 1998, no julgamento da ADInMC nº 1753-DF, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o STF suspende a eficácia da Medida Provisória nº 1577-6/97 por não observância do requisito constitucional da urgência.⁶³

Muitas questões, dessa maneira, foram adquirindo “justiciabilidade” em campos nos quais outrora não se considerava possível a intromissão do Judiciário. Na última década tivemos, no plano internacional, a eleição norte-americana de 2000 decidida pela Suprema Corte; em Israel, a decisão da Suprema Corte sobre a construção de muro na divisa com a Palestina e, na França, a decisão do Conselho Constitucional sobre a proibição do uso da burca. No plano nacional, nos últimos anos, o STF proferiu decisões sobre uniões

⁶⁰BARROSO, 2012, *online*.

⁶¹CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: SAFE, 2007, p. 234.

⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1667-9, DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 25 de setembro de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347201>>. Acesso em: 26 maio 2019.

⁶³CAMPOS, 2007, p. 247.

homoafetivas (ADI 4277), interrupção de gestação do feto anencéfalo (ADPF 54), nepotismo (ADC 12), demarcação de terras indígenas (Pet 3388) e, por fim, a histórica ação penal do “mensalão” (Ação Penal 470).

A jurisdição clássica era apenas vinculada à resolução de lides individuais, o que caracterizava um processo individualista, pouco inclusivo, cujo uso se restringia às classes mais abastadas, exceto quanto ao controle penal e algumas questões de família. Um dos fatores que possibilitou a ascensão do Judiciário foi a aquisição de outro papel diferenciado daquele anteriormente posto, que consistirá na transformação desse e, especialmente, do STF, em uma instância estatal contramajoritária de proteção e concretização dos direitos fundamentais.⁶⁴

Essa concepção tem em si a grande influência do constitucionalismo pós-positivista, desenvolvido no período pós-guerra, em que se tinha como essencial a afirmação dos direitos fundamentais e sua plena eficácia e normatividade, conferindo força transformadora da realidade à Constituição, embasadas em uma teoria dos princípios e em técnicas, ou postulados, como a razoabilidade e a proporcionalidade.⁶⁵

Outro fator que contribui para o fortalecimento do Judiciário no Brasil é a crise de legitimidade que vem sofrendo a política majoritária como um todo e, mais especialmente, o Poder Legislativo, sendo os parlamentares vistos como incompetentes e corruptos pela maioria da população.⁶⁶

Há uma grande omissão legislativa na regulamentação de questões centrais que não são enfrentadas e decididas a contento pelos parlamentares, por exemplo nos casos já comentados da união homoafetiva e do aborto de feto anencéfalo, entre outros, o que gera um espaço para ser preenchido no sistema. Frise-se que, muitas vezes, a omissão consiste em uma decisão dos políticos que preferem a decisão do Judiciário ao invés de enfrentarem questões polêmicas que possam prejudicar reeleições e alianças.⁶⁷

Esta ascensão do Judiciário, entretanto, não pode ser comparada à força do Legislativo em seu tempo de predomínio, visto que nesse período, os demais Poderes ficavam plenamente dependentes da produção legislativa prévia para exercer propriamente suas respectivas tarefas constitucionais.

A modificação no funcionamento do Judiciário e do Executivo, nesse sentido, ocorreu para munir-lhes de instrumentos de participação nas decisões centrais, principalmente

⁶⁴CAMPOS, 2007, p. 247.

⁶⁵ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012, p.15-21.

⁶⁶BARROSO, 2012, *online*.

⁶⁷BARROSO, 2012, *online*.

na ausência do Legislativo, possibilitando, pelo menos em tese, a instituição de diálogos entre as diversas instituições de poder para chegar em uma solução, existindo a atuação subsidiária das demais instâncias na ausência do legislador, mas que neles não fica restringido.⁶⁸

A ascensão da Jurisprudência ao ponto máximo tem se dado não só em relação aos demais Poderes constitucionalmente constituídos, mas também em relação aos demais vértices que compõem o fenômeno jurídico: a doutrina e a legislação.⁶⁹

A motivação das decisões se utiliza cada vez menos da referência e do trabalho com o elemento da lei propriamente dita, como também, há um grande desprezo pela doutrina, que tem cada vez mais se adaptado a essa realidade, de modo que a maioria das obras passa a ter caráter de compilação da doutrina tradicional aliada a visão jurisprudencial dos conflitos, restando uma mera reprodução acrítica do pensamento dos tribunais superiores.⁷⁰

O que acontece, assim, é um movimento de assunção destes novos poderes por parte do Judiciário, que encara a onda neoconstitucionalista como uma oportunidade, e até uma forma distorcida de dever ao atuar conforme sua consciência, para além dos ditames da “letra fria da lei” e sem responder a ninguém no exercício de sua função. Esta perspectiva fica bem clara no pronunciamento do Ministro Humberto Gomes de Barros⁷¹ do STJ, presente em voto da sua lavra:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...] Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque assim pensam. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a Doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

O juiz teria compromisso, nessa perspectiva, apenas com sua própria consciência e sua concepção acerca do que são as leis e o sistema jurídico. Tal pensamento parece patente no julgamento exposto. Essa concepção de que o magistrado e o agente público como um todo devem decidir conforme sua consciência tem sido cada vez mais difundida na cultura jurídica brasileira, formando um imaginário em arquétipo de justiceiro, patriarca, cada vez

⁶⁸ BARROSO, 2012, *online*.

⁶⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e Crítica da Jurisprudência. **Revista dos Tribunais**. vol. 891 p. 65-90, jan. 2010.

⁷⁰ RODRIGUES JÚNIOR, *loc. cit.*

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889, AL. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 11 de junho de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília, . Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina>>. Acesso em: 26 maio 2019.

mais presente.⁷² Isso se traduz na noção de que o juiz julga de acordo com a sua consciência ou em seu entendimento pessoal sobre o espírito da lei. Essa concepção parece embasada em uma teoria do poder discricionário do juiz que caberia à doutrina o papel de se moldar ao pensamento dos magistrados.

Nesse contexto, há quem defenda que o próprio Código de Processo Civil (CPC) de 1973, no artigo 131, ao encartar o livre convencimento motivado do magistrado, estaria a emplacar essa teoria de que o juiz realmente decide conforme sua consciência.⁷³ De forma acertada, o CPC de 2015 alterou substancialmente a redação anterior e no seu dispositivo equivalente, artigo 371, tornou claro que deve o juízo explicitar as razões que levam ao seu conhecimento acerca das provas dos autos. Tal revisão vai ao encontro do requisito da motivação do convencimento, que consiste em fundamentação na forma do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, com todas suas nuances a serem apontadas em capítulo posterior deste estudo que apontam em contrário, pois a motivação exige a demonstração de compatibilidade com a ordem jurídica. Cabe aqui expor o alerta crítico feito por Streck⁷⁴:

Já como preliminar é necessário lembrar – antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico – *que o direito não é* (e não pode ser) *aquilo que o intérprete quer que ele seja*. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. *A doutrina deve doutrinar, sim*. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares e professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”?

Gera-se, assim, uma concepção com embasamento doutrinário de que o juiz pode e deve decidir de forma arbitrária, segundo a aplicação de seus próprios valores, e que isso estaria, inclusive, embasado na própria Constituição Federal, ocorrendo grande prodigalidade na citação de princípios bastante amplos como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e a razoabilidade, tratando-se estes mandamentos como um instrumento de formatação jurídica da decisão, conforme a escolha livre do julgador.⁷⁵

A configuração do juiz na Constituição Federal é, essencialmente, uma carreira burocrática estatal eminentemente técnica, alçada através do concurso público, portanto, fora do campo da política e da legitimação pelo voto popular. Contudo, o magistrado brasileiro se

⁷²STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20

⁷³*Ibidem*, p. 24.

⁷⁴*Ibidem*, p. 25.

⁷⁵STRECK, *loc. cit.*

considera como um indivíduo dotado de carisma e legitimidade social, como agente político para fora do sistema meramente burocrático.⁷⁶

A atividade jurisdicional não pode ser reduzida, realmente, a uma feição meramente burocrática, mas parece que a legitimidade da atividade jurisdicional deve ser obtida através da motivação da decisão, fundada na demonstração de sua racionalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico, o que será melhor explorado no quarto capítulo deste trabalho.

Esse embate entre a decisão conforme o livre entendimento e o dever de motivar foi confrontado na corte suprema do país:

Permito-me insistir: trata-se de uma questão paradigmática. Veja-se, nesse sentido, acórdão da mais alta Corte do País – e o aspecto simbólico que dela decorre – em que, por uma de suas Turmas, por maioria dos votos, o Tribunal indeferiu *habeas corpus* em que se alegava falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal da acusação, decretada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, ante a revelia do paciente/réu. O Supremo Tribunal deixou assentado que *a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra.*

Observe-se, nesse julgado, *a imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência* (questão paradigmática, pois): a determinação de produção antecipada de prova fica a critério (*discricionarieidade, livre apreciação*, para dizer o menos) do juiz. O Min. Lewandowski votou vencido, concedendo a ordem, porque vislumbrou ofensa ao dever de fundamentar as decisões judiciais e às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a decisão que determinou a produção de prova esteve “fundamentada” tão somente no fato de o paciente não ter sido localizado (nas palavras do Ministro, “a decisão fora determinada de modo automático”).⁷⁷

Mostra-se, assim, que o protagonismo judicial tão em voga no presente momento histórico brasileiro aposta na escolha discricionária do juiz, concedendo-lhe todo o poder para decidir no caso concreto o que reputar justo, reforçando subjetivismo no conteúdo dos julgamentos, trocando paulatinamente a lei, produzida democraticamente pelo Legislativo, pelo que o juiz pensa dessa.⁷⁸

É possível identificar duas grandes concepções filosóficas ou metodológicas que embasam este imaginário tão presente sobre a decisão conforme a consciência do magistrado, quais sejam: a filosofia da consciência e a jurisprudência dos valores.⁷⁹

A filosofia da consciência consiste na concepção epistemológica de que toda a apreensão do mundo externo é dada internamente pelo indivíduo, percebendo-se a grande influência do “penso, logo existo” de Descartes, ocorrendo uma natural adequação do objeto

⁷⁶STRECK, 2013, p. 28.

⁷⁷*Ibidem*, p. 32.

⁷⁸*Ibidem*, p. 30.

⁷⁹ STRECK, *loc. cit.*

externo realizada pelo intelecto no momento de sua apreensão. Essa concepção filosófica leva, em última instância, para um acentuado relativismo em que a apreensão da verdade intersubjetiva não seria possível, pois o conhecimento se dá apenas internamente ao indivíduo. Logo, essa corrente “determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. [...] O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é.”⁸⁰

A influência dessa concepção vê-se na assunção de um paradigma subjetivista por boa parte da doutrina jurídica ao definir a decisão como um ato de vontade ou até definir a sentença partindo de sua origem epistemológica, *sentire*, como a externalização dos sentimentos do magistrado acerca do caso, coadunando com a ideia de que o objeto é conformado pela mente.⁸¹

Outra concepção importada que parece ter grande influência nesse modo de pensar a decisão por parte de uma parcela considerável dos magistrados brasileiros parece ser um resgate da extinta escola alemã da Jurisprudência dos Valores.⁸²

Com o declínio da influência do pragmatismo nas doutrinas europeias ocorrido no fim do século XIX e início do século XX, a Jurisprudência dos Interesses entraria em baixa e acabaria cedendo lugar para o neokantismo alemão inserido na Jurisprudência dos Valores, refletida no pensamento de Stammler, Windelband, Lask e Gustav Radbruch.⁸³

O positivismo de então estava fortemente ligado aos métodos e noções das ciências da natureza, principalmente buscando a certeza e o raciocínio lógico-matemático como seu objetivo maior.⁸⁴ Até então, pela carência de métodos próprios, não se encontrava muita identidade epistemologicamente diferenciada nas ciências de cunho histórico-cultural, o que passa a ser inserido também no âmbito do direito através da ideia de valor.⁸⁵

Passamos a ter o direito, dessa maneira, como parte de uma teoria do conhecimento que toma por referência o fenômeno da cultura, entendida como “somatório de crenças e tradições transmitido de geração em geração, a ponto de gerar uma pauta de valores aceitos em determinada comunidade”.⁸⁶

A Jurisprudência dos Valores, também denominada de Jurisprudência da Valoração, começa a trabalhar com conceitos em dicotomia: valor/realidade, ser/dever, ser e

⁸⁰STRECK, 2013, p. 61.

⁸¹ STRECK, *loc. cit.*

⁸²STRECK, *loc. cit.*

⁸³ LACOMBIE, Margarida. **Heremênutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117.

⁸⁴ LACOMBIE, *loc. cit.*

⁸⁵*Ibidem*, p. 118.

⁸⁶*Ibidem*, p. 119.

natureza/cultura. Tratando cada um desses fenômenos como campos distintos de estudo em que é necessário assumir posições epistemológicas diversas para a análise do objeto.⁸⁷

Essa dicotomia pode ser bem vista nos estudos de Stammler, conforme aponta Lacombie,⁸⁸ sobre diferenciação entre percepção e vontade:

Institui-se, a partir daí, uma dicotomia científica conforme a consideração do objeto, já anteriormente anunciada por Stammler, outra figura central na teoria jurídica dos valores. Stammler firmara a distinção entre percepção e vontade correspondendo, respectivamente, a relações de causa e efeito – ciência da natureza (ou ciência causal) e relações de meio e fim – ciência final. De acordo com Stammler, “a vontade, como conceito específico, não deve ser entendida como causa física, mas como uma pauta diretiva da nossa consciência, consistente na eleição de meios para a consecução de fins”. Dessa forma, “o critério fundamental que separa decididamente o mundo da vontade do da percepção é a faculdade de opção, característica de todo o fim. Fim não é senão um objeto a que se aspira alcançar, e meio, uma causa que se pode eleger”.

Dessa diferenciação que parte para uma guinada de valoração e de entendimento do Direito como algo cultural e meio para perseguir finalidades, ocorre uma inclinação à valorização da conduta ética como algo interno e profícuo ao Direito, devendo passar as decisões judiciais a serem analisadas quanto à sua justiça, visto que o justo seria uma aspiração natural do Direito. Logo, essa doutrina passa a reconhecer valores e princípios de caráter supralegal, mesmo que não positivados, possibilitando o recurso a critérios não presentes na lei, mas provenientes das concepções dominantes de justiça, funcionando como mecanismo de abertura do direito.⁸⁹

A tese da Jurisprudência dos Valores foi, e ainda é, dominante no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o que possibilitou a fundamentação do grande aspecto interventivo e ativista daquele tribunal. Tais conceitos e práticas perpetrados pela corte constitucional alemã, com base nos valores, influenciaram de maneira decisiva a teoria constitucional de países que passaram por uma fase de redemocratização após regimes militares na segunda metade do século XX, como Portugal, Espanha e Brasil.⁹⁰

Sobre a influência atual dessa doutrina no Brasil, assevera Streck⁹¹:

Uma coisa que não tem sido dita é que o equívoco das teorias constitucionais e interpretativas que estabelecem uma reconstituição das teses da Jurisprudência dos Valores – mormente em *terrae brasilis* – está na busca de incorporar o *modus* tensionante do tribunal alemão em realidades (tão) distintas, que não possuam (e não possuem) os mesmos contornos históricos acima retratados. No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o

⁸⁷LACOMBIE, 2003, p. 119.

⁸⁸*Ibidem*, p. 121.

⁸⁹STRECK, 2013, p. 22.

⁹⁰*Ibidem*, p. 21

⁹¹STRECK, *loc. cit.*

fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.

Observa-se, nesse contexto, que a Jurisprudência dos Valores teve o mérito epistemológico de procurar novas formas de estudo da experiência jurídica, enxergando o Direito como fenômeno cultural com presença de valores que funcionam em conjunto com as normas positivadas, o que representou um avanço ao excessivo fechamento do positivismo formalista de então.

Essas concepções, entretanto, foram muito próprias do momento histórico alemão e não tem sentido em serem transportadas para o Brasil de forma acrítica, principalmente quando a teoria constitucional já não necessita de tal forma de recurso aos valores que vão além da norma positiva, uma vez que o reconhecimento da normatividade dos princípios e sua inserção na Constituição Federal representam uma abertura do Direito para a moral.

O que se vê é a continuidade de uma concepção solipsista e decisionista, amplamente aberta às arbitrariedades e subjetividades, embasada em várias teorias constitucionais que se contentam na reprodução acrítica de conceitos e autores estrangeiros, todos eles misturados, realizando o nosso clássico sincretismo metodológico.⁹²

Agora, serão apresentadas as principais medidas legislativas e jurisprudenciais que apontam uma vinculação jurisprudencial no Direito brasileiro, análise que dará sequência para uma reflexão sobre a perspectiva da doutrina e da prática judicial que apóiam a eficácia obrigatória dos precedentes.

2.3 Os instrumentos de vinculação jurisprudencial no Direito brasileiro

A presente seção tem por finalidade realizar um grande apanhado demonstrativo de alguns instrumentos e mecanismo, de natureza processual e material, presentes atualmente em nosso sistema jurídico, com objetivo de demonstrar em que patamar já se encontra nosso sistema em questões de vinculação e persuasão dos juízos inferiores ao seguirem os pronunciamentos e interpretações dos tribunais superiores.

Para tanto, mencionaremos alguns dos principais instrumentos e mecanismos de vinculação jurisprudencial, diferenciando aqueles que realizam a vinculação direta de uma decisão ou posicionamento específico e os de vinculação indireta, que visam, principalmente, fortalecer a jurisprudência dos tribunais superiores.

Vale ressaltar que este momento tem por finalidade demonstrar que a ascensão do Judiciário e valorização da jurisprudência indicados na seção anterior culminaram na adoção

⁹²STRECK, 2013, p. 25

desses vários instrumentos de vinculação jurisprudencial que são agora presentes no cotidiano da prática judiciária.

Não significa, contudo, que os instrumentos aqui apresentados são o objeto de estudo do presente trabalho. Já foi fixado, por exemplo, a diferença entre as súmulas e os precedentes propriamente ditos e a premissa de que este ensaio trata especificamente dos precedentes, cuja força vinculante não tem previsão no Direito brasileiro, mas que recebem esta força obrigatória em alguns julgados e tem essa prática reforçada pela doutrina que aqui é discutida.

Além das súmulas vinculantes, assim, não entram no âmbito das críticas principais feitas neste estudo o efeito vinculante das ações de controle concentrado de constitucionalidade, visto que expressamente previstos na Constituição brasileira e essenciais para este sistema. Contudo, entra na crítica aqui apresentada a doutrina dos precedentes referente à extensão do efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade, denominado de fenômeno da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

Passa-se, então, a realizar a exposição rápida destes instrumentos, visto que servem principalmente de reforço às constatações realizadas na seção anterior, mas que não devem ser aqui estudados com tanta profundidade, pois a maioria deles não consistem em precedentes vinculantes e sem regulamentação própria, que é o foco desta obra.

2.3.1 Súmula Vinculante e Ações Constitucionais

As súmulas, como já comentado, são um instrumento próprio do Direito brasileiro e que, por sua característica de enunciação abstrata, se diferencia do precedente. As súmulas sempre tiveram efeito meramente no ordenamento brasileiro até a criação da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, que efetivamente introduziu na Constituição brasileira a súmula vinculante, em seu 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 em imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

As súmulas no ordenamento jurídico brasileiro são mecanismos imaginados desde sua criação com o objetivo de rápida resolução dos casos mais comuns que se repetem. Isso demonstra, de certa maneira, que esse dispositivo não teve uma preocupação em garantir a segurança jurídica efetivamente, indicando igualdade e previsibilidade na resolução das lides,

mas teve seu objetivo primário sendo demarcado em auxiliar na celeridade do Judiciário. Apesar disso, não se exclui a importância das súmulas, desde sua criação, para a uniformização do pensamento dos tribunais e para a coerência do ordenamento jurídico.⁹³

Da forma como as súmulas emergiram em nosso ordenamento, como modo facilitador das decisões, elas se estruturaram através de enunciados que em muito lembravam as emanções do Legislativo: abstratas, gerais e com pretensão de universalidade. O que foi esquecido nesse processo é que as súmulas têm como validade e legitimidade única os precedentes judiciais, e não mera decisão impositiva do Judiciário. Perdeu-se a conexão entre os fundamentos jurídicos e contexto social onde os enunciados se erigiram, principalmente com relação às súmulas mais antigas.⁹⁴

A própria formatação atual das súmulas muitas vezes dificulta ao intérprete saber quais os reais fundamentos da edição daquele dispositivo, se ele é aplicável ou não em certos casos. O repertório atual das súmulas é apenas um mero guia de interpretação, sem restar demonstrada sua correlação com os casos onde se baseou e com a forma como foi praticado este Direito jurisprudencial.⁹⁵

O modo de edição das súmulas vinculantes atualmente é dado pela Lei nº 11.417/06 que, ao lado do regimento interno do Supremo, indica todas as etapas para a formulação de uma súmula vinculante do STF. Um dos pontos positivos da lei foi estender a propositura da edição, revisão ou extinção da súmula para outros legitimados além do próprio tribunal, permitindo aos legitimados alguma proposição das diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Algumas características interessantes das súmulas vinculantes atualmente é que elas admitem, em meio ao seu procedimento de edição, revisão ou cancelamento, a participação de terceiros interessados na questão, como *amicus curiae*, tal qual acontece nos processos de controle de constitucionalidade no processo constitucional brasileiro. Outra característica interessante que as súmulas partilham com o controle de constitucionalidade é que o legislador admitiu a possibilidade de que a eficácia do verbete possa se dar em momento posterior, ou restringir seus efeitos vinculantes, o que pode ser decidido por dois terços dos membros do tribunal.

A súmula vinculante passou a ter uma força mais cogente no sentido de que qualquer decisão ou ato administrativo que aplicar dispositivo contrário a ela ou negá-la pode

⁹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011, p. 482.

⁹⁴*Ibidem*, p. 483.

⁹⁵*Ibidem*, p. 485.

ser passível de reclamação direta perante o STF, sem prejuízo de sua arguição em outras instâncias. Caso essa reclamação for julgada procedente, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada e determinará que outra seja proferida em seu lugar, com ou sem a aplicação da súmula. A reclamação contra as decisões judiciais contrárias à orientação do STF já eram praticadas antes mesmo da lei. A grande inovação legal neste dispositivo foi a possibilidade de se reclamar contra atos administrativos.

Vale ressaltar que o advento da súmula vinculante, com a introdução do art. 103-A na Constituição Federal, tem sofrido fortes críticas da doutrina constitucionalista. Para Rocha⁹⁶, a súmula vinculante seria um instituto inconstitucional por atribuir poderes ao STF que são exclusivos do Poder Legislativo, segundo o texto da Constituição, conferindo-lhes competência legislativa irrestrita.

Obrigando a todos, entidades públicas e sujeitos privados, como resultado da literalidade das disposições do referido artigo 103-A, as súmulas vinculantes configuram verdadeiras normas jurídicas gerais e abstratas, de hierarquia superior à própria lei, uma vez que ditam o sentido em que as disposições legislativas (leis) devem ser entendidas, o que dá aos 11 juízes do Supremo Tribunal Federal, escolhidos e nomeados pelo presidente da República, ratificada a escolha burocraticamente pelo Senado Federal, mais poder do que conferido ao legislador democrático, pois quem tem autoridade absoluta para atribuir sentido à lei é, sob todos os aspectos, o verdadeiro legislador, e não quem escreve o texto da lei [...]

Diante disso, verifica-se que há um conflito de competência entre a disposição do artigo 5º, II, da Constituição que reserva à lei, isto é, ao legislador democrático, com exclusividade, a competência para prescrever normas gerais sobre a conduta do povo, e o artigo 103-A que outorga ao Supremo Tribunal Federal idêntica competência a ser exercida através da emissão de enunciados de súmula vinculante, que pode ter por objeto qualquer matéria, já que não há aspecto jurídico da vida humana que não encontre fundamento na Constituição.

A inconstitucionalidade, portanto, estaria presente através da violação, realizada pela Emenda Constitucional, da cláusula pétrea de separação dos poderes, pois concederia poderes que são exclusivos do Legislativo ao STF, dotando essa corte de maior significância, uma vez que o mesmo órgão elabora e interpreta a norma, além de não existir, de fato, qualquer delimitação das matérias que podem ser abordadas.

As súmulas vinculantes não entram na crítica feita aos precedentes realizada nesta obra, pois como já tratado anteriormente, esta forma de manifestação de entendimento jurisprudencial não se confunde com o precedente judicial e tem regulamentação própria para que adquira o efeito vinculante. Sobre o tema, expõe Lucas Buril⁹⁷:

A súmula vinculante, embora tenha sido importante para apontar para a criatividade judicial, reforçando sua percepção como uma realidade ineludível, está longe de

⁹⁶ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: atlas, 2009, p. 92.

⁹⁷MACÊDO, Lucas Buril. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 237, ano 39, nov/2014, p. 386.

representar um instituto característico de um sistema de precedentes. Realmente, as súmulas vinculantes não são condizentes com o *stare decisis*. Com a fortificação deste, é natural que elas percam sua força e sejam pouco utilizadas, abrindo caminho para uma prática pautada na importância de uma única decisão e mais aberta à interpretação e à construção colaborativa e paulatina. Assim, é natural que a caminhada em direção à fortificação dos precedentes obrigatórios no Brasil passe pelo esquecimento e supressão das súmulas, vinculantes ou não, instituto que só tem razão de ser em um sistema que desconsidera o precedente judicial.

As ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Direito brasileiro possuem efeito vinculante *erga omnes*, ou seja, tem força obrigatória para os demais órgãos do Judiciário, como também ao Legislativo e ao Executivo. Tal efeito vinculante foi implantado no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente, pela Emenda Constitucional nº 03 de 1993, sob influência dos modelos austríaco e alemão de controle constitucional.⁹⁸

A primeira característica que se observa das ações de controle concentrado que podem ser utilizadas como paradigma para a vinculação são aquelas que já transitaram em julgado. Isso decorre pois não seria prudente promover a utilização do instrumento de vinculação às decisões que ainda são objeto de reflexão e estão em processo de maturação.⁹⁹

A segunda característica que deve ser arguida sobre o efeito vinculante é saber de qual parte do documento decisório é exigida a vinculação, ou seja, se a vinculação abrangeria tanto a fundamentação como o dispositivo ou apenas este último. A jurisprudência alemã indica que com relação à coisa julgada e aos dispositivos legais, essas se limitam ao dispositivo. Porém, com relação ao efeito vinculante, esse deve ser entendido tanto na parte dispositiva das decisões como na de fundamentação.¹⁰⁰

Esse posicionamento se revela positivo no sentido da contribuição da Corte Suprema para o desenvolvimento e preservação das suas decisões e orientações acerca das interpretações constitucionais. Caso fosse observado somente o dispositivo da sentença, perder-se-ia muito do entendimento jurisprudencial, dessa forma pouco acrescentando ao já exposto na lei ou na coisa julgada.¹⁰¹

Corroborando com essa doutrina, o Ministro Maurício Corrêa indicou em reclamação constitucional que: “A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADIn nº. 1.662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes”.¹⁰²

⁹⁸MEIRELES; WALD; MENDES, 2008, p. 507.

⁹⁹*Ibidem*, p. 509.

¹⁰⁰MEIRELES; WALD; MENDES, *loc. cit.*

¹⁰¹*Ibidem*, p. 511.

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987, DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+1987%2ENU>>

Essa corrente não é, contudo, unânime, pois muitos juristas afirmam que a Lei nº 9.868/99 em seus artigos 28, *caput*, e 21, parágrafo único, que determinam somente a publicação da parte dispositiva em diário oficial, seria uma interpretação mais correta do efeito vinculante. Para eles, caso apenas o dispositivo da sentença seja publicado, somente esta parte teria condão de servir como paradigma para o efeito vinculante.¹⁰³

Há ainda o parágrafo único, do art. 28, da mesma lei, que indica que é somente a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que produz efeitos vinculantes. Observando-se isso, chegar-se-ia à conclusão de que somente o dispositivo é que possui tais efeitos, pois é nele que está contida a declaração.

Outra complicação que esta corrente expõe é que o risco de generalizar indevidamente as fundamentações de uma decisão é muito maior do que o risco com relação ao dispositivo.¹⁰⁴ Algumas vezes, quando os julgadores se deparam com os motivos determinantes, eles fazem analogias errôneas em situações fáticas ou encruzilhadas jurídicas que os levam a desvirtuar essa fundamentação, pois os motivos de fundamentação dão muita margem para sua colocação em outros casos diversos. Já sobre o dispositivo, como ele é bem mais centrado, essa generalização indevida é mais difícil de ser concretizada.¹⁰⁵

A consequência do efeito vinculante para os não participantes no processo de controle concentrado é, principalmente, na medida de suas atribuições, providenciar todas as alterações que visem desfazer as inconstitucionalidades provocadas por aquela decisão.¹⁰⁶ Dessa forma, por exemplo, os órgãos da burocracia devem providenciar novos meios para que a decisão possa ser posta em prática na administração pública. Outra consequência seria a revogação, em suas respectivas circunscrições, das leis idênticas ou decorrentes daquela que foi considerada inconstitucional. Isso indica que, caso a Suprema Corte decida que uma lei é inconstitucional e essa mesma lei é reproduzida em âmbito estadual, o Estado também deve proceder com a revogação dessa.¹⁰⁷

O efeito vinculante, desse modo, é bem próprio das ações constitucionais de controle concentrado e seguem sua própria lógica de preservação da supremacia constitucional ao invalidar normas jurídicas incompatíveis com a Constituição em atividade pelo controle abstrato das normas jurídicas.

ME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+1987%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4ns282>. Acesso em: 30 maio 2019.

¹⁰³FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes***. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 207.

¹⁰⁴*Ibidem*, p. 209.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 210.

¹⁰⁶FERNANDES, *loc. cit.*

¹⁰⁷MEIRELES; WALD; MENDES, 2008, p. 511.

As ações de controle concentrado têm dificuldade em se classificar como precedentes diretamente, por se tratarem de forma diferente de ação que em regra não tem nem partes nem lide propriamente dita. Contudo, mesmo que classificados como precedentes em sentido mais amplo, o efeito obrigatório decorrente destas ações não entra no âmbito da análise realizada neste estudo, visto que a vinculação produzida pelas mesmas tem seus parâmetros e requisitos devidamente regulados pelo ordenamento.

Pode ser observada uma tendência na jurisprudência do STF em buscar atingir os mesmos efeitos das ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, *erga omnes* e vinculante, às decisões prolatadas em sede de controle difuso e concreto de constitucionalidade nos recursos extraordinários.

O julgamento do *Habeas Corpus* nº. 82.959 é o marco principal desse fenômeno na jurisprudência do STF. A decisão definiu a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prevista na Lei de Crimes Hediondos:

REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. REGIME DE CUMPRIMENTO – ÓBICE – ART. 2º, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DA LEI N 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90.¹⁰⁸

É no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC que o relator, Ministro Gilmar Mendes, deferiu o pedido considerando que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo Plenário do STF teria efeito *erga omnes* e vinculante. Assim, o papel conferido pela Constituição Federal ao Senado de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada *inter partes* pelo STF, presente no art. 52, inciso X, da CF/88, teria perdido seu sentido pelo desuso, sofrendo o fenômeno que seria denominado de mutação constitucional, já conhecido da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Para o ministro relator, o papel do Senado estaria obsoleto e baseado na ordem constitucional anterior, em que não havia instrumentos amplos de atribuição de efeitos vinculantes às diversas espécies de demanda, estendendo-os para além das partes, o que já teria se tornado algo recorrente e presente nos próprios poderes da corte constitucional desde o advento da Lei n. 9882/99, que trouxe a ampliação das possibilidades de eficácia geral.

¹⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 26 maio 2019.

Logo, a separação dos poderes teria se modificado para inserir na competência do STF esta incumbência, retirando a necessidade de participação do Senado como representante do Legislativo, tornando-se uma questão exclusivamente judiciária.

Em uma análise crítica, pode-se observar que a decisão do STF em afastar completamente a incidência do art. 52, inciso X, da Constituição Federal sob o argumento principal de que estaria em desuso e, por isso, se transformado, significaria introduzir no Direito brasileiro uma nova forma de revogação de dispositivos constitucionais não prevista em nosso ordenamento, qual seja a revogação por falta de utilização.

Tal revogação parece acontecer, pois a suposta mutação sofrida pelo dispositivo teve como efeito a sua perda total de sentido e normatividade, passando a significar o contrário do que se depreende da interpretação gramatical do artigo. Parece tratar-se de revogação por via diversa.

Este modo de buscar o efeito vinculante ao precedente do STF, sem previsão no ordenamento jurídico através de uma manobra interpretativa, é um exemplo de situação que se enquadra na crítica feita por estudo sobre o uso normativo dos precedentes.

A reclamação constitucional merece menção entre os mecanismos de efeito vinculante direto, pois constitui-se em instrumento através do qual é reforçada a obrigatoriedade das decisões do STF que possuem efeito vinculante. A ação é prevista nos artigos 102, inciso I, alínea “I”, 103-A, parágrafo 3º, e 105, inciso I, alínea “f”, todos da Constituição Federal de 1988. Em 1990, logo após sua nova instituição formal pela Constituição, apenas 20 casos de reclamação constitucional foram observados pelo Judiciário. Já em 2008, houve 1.684 casos de reclamação constitucional foram contabilizados. Isso demonstra uma ciência maior por parte dos operadores jurídicos acerca desse instrumento e, o mais importante, que mais decisões foram tomadas pelo STF que influenciaram e corrigiram julgados das instâncias inferiores. O instituto da reclamação constitucional historicamente, desde os tempos em que constava apenas no regimento interno do STF na década de 1950, destina-se apenas a dois casos: preservar a competência do STF ou garantir a autoridade de suas decisões.¹⁰⁹

Com relação ao primeiro caso, é necessário se observar que a competência do STF atualmente é delimitada pelo art. 102 da CF, podendo ser uma competência originária ou recursal, e daí se desdobrando em ordinária ou extraordinária. Caso seja verificada que fora usurpada essa competência, é cabível a reclamação perante a Corte Suprema. A mais comum

¹⁰⁹ MEIRELES; WALD; MENDES, 2008, p. 708.

reclamação nesses casos é com o objetivo de definir a competência do STF para dirimir conflitos entre Estados-membros ou entre esses e a União.¹¹⁰

Já com relação à reclamação para garantir as decisões do Supremo, observa-se algumas hipóteses de decisões a serem garantidas: decisão em sede de controle concentrado (ADI, ADC), decisões de ADPF e súmulas vinculantes.

Nas decisões comuns que necessitam ser garantidas pelo STF, as que mais se observam como objeto de reclamação são contra os *habeas corpus* concedidos pela Corte Suprema que não são obedecidos e as decisões em sede de recurso extraordinário que não são cumpridas pelas instâncias inferiores.¹¹¹

Há ainda que se falar nas decisões de mérito em sede de ADI ou ADC que são descumpridas. Inicialmente, o STF entendia que não eram cabíveis reclamações por descumprimento dessas, mas posteriormente o ministro Celso de Mello indicou que aquelas pessoas e órgãos podiam valer-se da reclamação, contanto que estivessem litigando em ação com pressupostos idênticos àquela que deu ensejo a ADI ou ADC.¹¹²

2.3.2 A Sistemática de vinculação jurisprudencial no Novo Código de Processo Civil de 2015

O Novo CPC de 2015 representou um bom avanço no pertinente aos mecanismos de vinculação jurisprudencial. Quanto aos mecanismos ligados à padronização decisória e julgamentos em massa (IRDR, IAC e outros), esses sofreram consolidação e alteração do que existia no regime anterior. Porém, a inovação mais relevante ficou com a sistemática de precedentes inserida no art. 926, o dever de fundamentação com precedente no art. 489 e os precedentes expressamente vinculantes do art. 927.

O código foi o primeiro em nossa história a trazer em seu bojo um tratamento específico dos precedentes, o que se fez de modo geral no Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais), Capítulo I (Disposições Gerais) que compreende os artigos 926 a 928.

¹¹⁰ MEIRELES; WALD; MENDES, 2008, p. 709.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 717.

¹¹² MARINONI, 2011, p. 708.

Para uma primeira compreensão, pode parecer que o ponto central dos precedentes reside no art. 927¹¹³ e sua listagem de decisões que devem ser obrigatoriamente observadas pelos juízes e tribunais.

Quanto ao enfoque dado às súmulas nos incisos II e IV, além das críticas já feitas em tópicos anteriores deste estudo, acrescentamos a redação infeliz do código em mencionar “os enunciados de súmula”, o que pode levar ao entendimento equivocado que esse se aplica diretamente, e não por intermédio do conteúdo dos precedentes que as deram origem.

Os incisos I e III apresentam repetições de vinculação já previstas em outros pontos, o efeito vinculante decorrente do controle concentrado já consta do art. 28, parágrafo único, da lei nº. 9.868/99, enquanto os efeitos do IAC e do IRDR estão presentes em diversos artigos do próprio código.

Por fim, temos como uma inovação o inciso V ao designar a vinculação “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, novamente a redação pode conduzir interpretações extremas que não condizem com o trato dos precedentes, pelo que se deveria fazer expressa menção que tais vinculações se dão enquanto no exercício de julgamentos singulares e de órgãos fracionários, além de ser necessário definir no que consistiria o termo “orientação”.

No parágrafo primeiro do mesmo art. 927, temos a menção ao principal conjunto de normas sobre precedentes no novo código, asseverando que “Os juízes e os tribunais

¹¹³ A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

observarão o disposto no art. 10¹¹⁴ e no art. 489, § 1º¹¹⁵, quando decidirem com fundamento neste artigo”. O ponto é essencial no sentido da construção do dever de fundamentação das decisões judiciais e do contraditório e ampla defesa, pois o artigo 10 trata da vedação à decisão surpresa, um dos elementos inovadores do CPC de 2015 relativo à promoção do contraditório, enquanto o art. 489 é dedicado ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

O art. 926¹¹⁶, em seu *caput*, é um dos destaques do Novo Código, inserido por sugestão de Lênio Streck¹¹⁷, tal protocolo estatui “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.¹¹⁸ De fato, em nossa concepção, o dever de seguir precedentes no CPC está inserido na combinação entre os artigos 926, 489, parágrafo 1º, inciso VI e 11¹¹⁹. Isso ocorre quando o art. 489 estabelece como não

¹¹⁴Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹¹⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

¹¹⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹¹⁷STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc#_ftn1>. Acesso em: 26 maio 2019, *online*.

¹¹⁸ A estabilidade, integridade e coerência como atributos de um sistema de precedentes serão objeto de estudo mais detido em outros pontos deste trabalho.

¹¹⁹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a ocorrência de *distinguish* ou *overruling*, enquanto o art. 11 é claro ao declarar que as decisões não fundamentadas são eivadas do vício de nulidade absoluta.

Por fim, temos o art. 926 como cláusula geral promotora da coerência sistêmica dos precedentes, combatendo, assim, a jurisprudência lotérica¹²⁰ e a invocação de precedentes para todos os gostos.

Observa-se, então, através da leitura do dispositivo do art. 489, parágrafo 1º, inciso VI, que a menção é feita a todos os precedentes, que valerão como tal e terão caráter obrigatório, exceto quando demonstrada sua ausência de autoridade pela superação de entendimento ou a distinção entre o caso atual e o caso anterior. Não cabendo, assim, sustentar que os precedentes obrigatórios seriam apenas aqueles insertos no art. 927, cuja listagem servirá de guia para diminuir a carga argumentativa voltada à demonstração da autoridade do precedente e sua não superação, o que nos demais casos gera maior ônus argumentativo para a parte que invoca o precedente.

Estabelece-se, desta forma, que compete ao julgador a motivação racional e fundamentada das razões que o levaram a seguir, afastar, restringir, ampliar ou superar a aplicação de um precedente determinado, sempre devendo facultar às partes a oportunidade prévia de manifestar acerca da sua tese sobre o precedente e sua aplicação ao caso, conforme demandado pela vedação à decisão surpresa contida no já citado art. 10 do CPC.

Não se cabe admitir aqui a fundamentação que se limita a mencionar número e transcrever texto de súmula ou ementa, pois a aplicação do precedente tem como pressuposto a comparação analítica entre os fatos materiais do caso concreto que formou o precedente e os do caso sob exame.

Podemos afirmar, nesse sentido, que o CPC de 2015 estabeleceu o dever de consideração aos precedentes no âmbito da fundamentação das decisões judiciais. Isso não significa, entretanto, que o código estabeleceu um sistema de precedentes obrigatórios similar ao que ocorre no *stare decisis* do sistema anglo-saxão, pois tal aspecto só se dará caso o respeito aos precedentes seja de fato inserido na prática jurídica e tenha como produto um conjunto de decisões que formem de fato o sistema estável, íntegro e coerente que é o pressuposto de um efetivo sistema de precedentes. Por enquanto, podemos afirmar apenas que o Brasil adotou uma sistemática de precedentes obrigatórios cuja tendência seria a formação

¹²⁰ A expressão jurisprudência lotérica é comumente utilizada há alguns anos pela doutrina para designar a situação da prática jurídica nacional em que a grande divergência jurisprudencial e pouca unicidade e coerência nos proventos judiciais faz com que buscar o Judiciário tenha para o cidadão um fator de sorte, assim como na loteria.

de um sistema de precedentes, caso haja a conjugação de vários fatores que vão além da norma legislativa.

Sobre essas condições e requisitos para que se tenha a efetiva implementação de um sistema de precedentes no Direito Brasileiro, temos como importante a listagem de requisitos apontada por Dierle Nunes¹²¹:

- a) Necessidade de previsão de esgotamento dos debates acerca da tese jurídica antes de firmá-la como um padrão decisório (precedente judicial);
- b) Busca de integridade e coerência na reconstrução da história institucional de aplicação da tese jurídica pelo tribunal (o que significa que cabe ao tribunal levar em consideração as circunstâncias históricas que levaram à formação da tese no passado);
- c) Superação da ideia de que enunciados sintéticos de súmulas correspondem a precedentes judiciais que universalizam tese jurídicas a incidir sobre inúmeros casos concretos similares;
- d) Reforço da importância da fundamentação da decisão judicial (*ratio decidendi*) na formação do precedente, em detrimento do dispositivo decisório;
- e) Fixação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta* do precedente;
- f) Garantia de estabilidade decisória dentro do tribunal (*stare decisis* com eficácia horizontal);
- g) Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical), o que acarreta a obrigatoriedade de observância das decisões dos tribunais superiores mediante a comparação da decisão-paradigma com as circunstâncias peculiares do caso concreto;
- h) Garantia às partes de utilização de técnicas processuais destinadas à distinção (*distinguish*) e superação (*overruling*) do padrão decisório para que seja possível demonstrar que a tese jurídica não é aplicável diante das circunstâncias peculiares do caso concreto.

Acrescentamos à lista acima as questões relativas à mudança da mentalidade e da formação dos juristas, por parte de todos os atores processuais, que demanda a aceitação de uma cultura jurídica diferente, ligada à discussão do caso concreto e dos fatos da demanda como pressupostos para o desenvolvimento do *case law* e o combate à jurisprudência lotérica, que tanto prejudica a efetividade e igualdade do sistema judicial brasileiro.

2.4 Os precedentes na experiência de outros países da *Civil Law*

Neste ponto do estudo, passaremos a uma análise panorâmica da experiência com precedentes em outros países que, assim como o Brasil, seguem a tradição jurídica da Europa Continental, comumente denominada de *Civil Law*, buscando por semelhanças e diferenças

¹²¹ NUNES, Dierle. Problemas para o dimensionamento de técnicas para litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências 'não compreendida' de padronização decisória. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.) **Processo civil – novas tendências**: homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 126-129.

entre as questões levantadas em uma análise comparativa. Desta forma, analisaremos a seguir os precedentes na experiência jurídica da França e da Itália.

2.4.1 Os precedentes na França

O sistema de jurisdição francês é conhecido por sua divisão em dois grandes ramos distintos, com estrutura e hierarquia diferentes, sendo uma judicial, cuja autoridade maior é a Corte de Cassação e outra administrativa, encabeçada pelo Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*). Tal divisão tem sua origem na concepção francesa da separação de Poderes, em que é inconcebível que o Poder Judiciário tome decisões em casos que envolvam o corpo administrativo do Estado, sob pena de invasão indireta de competência.¹²²

Originalmente, nos tempos anteriores à Revolução Francesa, a atividade judicial era exercida de forma delegada aos particulares, que era transferida de forma hereditária, ou seja, era uma estrutura privada sob delegação estatal, muito similar ao sistema brasileiro dos tabelionatos em suas origens.

Tais estruturas não foram completamente modificadas de imediato após a Revolução. Portanto, havia grande desconfiança dos constituintes franceses em relação à atividade judicial, o que foi um dos motivos determinantes para a divisão jurisdicional. Além disso, a crença na codificação iluminista era muito presente à época, imperando a visão de que o juiz seria um mero aplicador das fórmulas prontas já previstas, através do raciocínio silogístico, enquanto as questões administrativas necessitavam de uma maior margem de discricionariedade, que era vista como incompatível com o controle judicial.¹²³

Apartado desta dualidade entre sistema judicial e de jurisdição administrativa, encontra-se o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), criado em 1958, com competência para litígios em matéria eleitoral e controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento. O próprio Conselho decidiu, em 1971, que a Constituição Francesa, que serve de parâmetro de controle de conformidade para as demais normas, inclui seu preâmbulo e todos os princípios lá referidos, o que representou grande avanço no papel do órgão que, após muita discussão doutrinária sobre sua natureza, é tida como uma corte propriamente dita.¹²⁴

¹²² TROPE, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 103.

¹²³ TROPE; GRZEGORCZYK, *loc. cit.*

¹²⁴ TROPE; GRZEGORCZYK, 1997, p. 105.

Compreendida a estrutura básica da jurisdição francesa, merece nota a arquitetura que é dada às decisões judiciais. Segundo o próprio Código de Processo Civil Francês, essas são divididas em cinco pontos: 1) Menções – relativas à qualificação das partes, relato de leitura e composição do órgão julgador; 2) Vistos – espécie de relatório de documentos examinados pela corte e leis pertinentes; 3) Motivação – exposição geral de fatos e a declaração geral da regra de direito que regerá o caso; 4) Dispositivo – o comando decisório propriamente dito, composto de um ou dois artigos diretos; 5) Fórmula Executiva – ordem endereçada à autoridade pública para execução do comando presente no dispositivo.¹²⁵

Podemos perceber que, de forma geral, a estrutura da decisão judicial francesa é bem similar à estrutura a que estamos acostumados em nosso ordenamento. Porém, a diferença se faz muito presente na motivação, visto que há uma preocupação em se expressar uma fórmula de direito, uma regra geral que regerá o caso (similar à redação de uma súmula no Brasil), que tem visível preocupação jurisprudencial em servir de guia para casos subsequentes. Sobre o tema, ainda, merece destaque a análise de Trope e Grzegorzcyk¹²⁶:

The character of the style of the opinions follows from the general conception of the French judge, who is supposed to exercise not 'judicial power', but only a 'judicial function'. The only legitimate source of law is 'the law', which is equated with statutory law because, as stated in the Declaration of the Rights of Man of 1789, 'the Law is the expression of the general will'. Therefore (a) it is deductive, because the judgment is conceived as a syllogism; (b) it is principally legalistic, but it should be noted that, because of the importance of the 'qualification juridique des faits', courts tend to discuss, not the meaning of the statute, but the nature of the facts, in order to establish whether they can be subsumed under the categories of the law; this discussion tends to be substantive, although it is usually concise; (c) opinions are magisterial. French court decisions are extremely brief: sometimes no more than a few lines. The magisterial style can be explained partly by the large number of cases to be decided each year, and partly by the authoritative character of the courts, which derives from a tradition going back to the Ancien Regime, when the parlements exercised the power of the king himself. Today, in spite of the idea that courts are but instruments of the law, procedural rules and tradition evoke the idea of a third 'power' of the state, endowed with majesty. Each decision starts with the formula, 'Au nom du Peuple Frangais'.¹²⁷

¹²⁵*Ibidem*, p. 107.

¹²⁶*Ibidem*, p. 107-108.

¹²⁷O caráter do estilo das opiniões segue a concepção geral do juiz francês, que não deve exercer 'poder judicial', mas apenas uma 'função judicial'. A única fonte legítima do direito é "a lei", que é equiparada à lei estatutária porque, como afirmado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, "A lei é a expressão da vontade geral". Portanto (a) é dedutivo, porque o julgamento é concebido como um silogismo; (Pouco é principalmente legalista, mas deve-se notar que, devido à importância da 'qualificação jurídica dos fatos', os tribunais tendem a discutir, não o significado do estatuto, mas a natureza dos fatos, a fim de estabelecer se eles podem ser incluídos nas categorias da lei; esta discussão tende a ser substantiva, embora seja geralmente concisa; (c) as opiniões são magistras. Decisões judiciais francesas são extremamente breves: às vezes não mais do que algumas linhas. O estilo magistral pode ser explicado em parte pelo grande número de casos a serem decididos a cada ano, e em parte pelo caráter autoritário dos tribunais, que deriva de uma tradição que remonta ao *Ancien Regime*, quando os *parlements* exerciam o poder do próprio rei. Hoje, apesar da ideia de que os tribunais são apenas instrumentos da

Desta forma, apesar de existir uma preocupação jurisprudencial, conforme relatado acima, a brevidade da fundamentação pode ser uma grande barreira para um real sistema de precedentes, pois o *case law* apenas se desenvolve por completo quando se renuncia às fórmulas canônicas e o raciocínio silogístico. Com essa questão se alia também o fato de que nem todas as decisões são publicadas em boletins oficiais, apenas algumas, selecionadas pelas próprias cortes e, muitas vezes, acompanhadas de um artigo opinativo do juiz relator, que consiste em grande auxílio na interpretação das decisões, dada sua extrema brevidade. Outra fonte relevante de pesquisa para juízes e advogados militantes são as revistas acadêmicas que contêm publicações de casos selecionados e comentados por juristas, as quais são muito valorizadas e denominadas de “*la doctrine*”.¹²⁸

Outro ponto interessante é que, não importando o dissenso ocorrido durante o julgamento, que tenha resultado em uma decisão dividida por maioria, todas as decisões são presumidamente tomadas como unânimes, visto que o resultado da votação nunca é publicado. Por mais que seja cobrado por parte da comunidade jurídica francesa tal divulgação, os juízes são extremamente avessos à publicação de votos dissonantes ou resultados de votação, pois em sua concepção, isso implicaria em enfraquecimento da autoridade das cortes, uma vez que as decisões iam refletir uma soma majoritária das opiniões particulares de cada juiz e não a expressão própria da verdade sobre a lei.¹²⁹

Percebemos aqui que outro ponto é bastante presencial ao desenvolvimento de uma cultura de precedentes, visto que as razões dissonantes e o resultado da votação são elementos essenciais para se aferir o peso e força gravitacional que o precedente assumirá para casos futuros, além de se constituir em uma solução pouco democrática e não transparente.

Para os franceses, a expressão “precedente” nunca significa decisão vinculante, sendo para a tradição jurídica daquele país e, principalmente, pelas questões de caráter histórico já mencionadas, inconcebível a concessão de autoridade legal e fonte do Direito para um precedente. É rechaçada e tida como inconcebível, para o jurista francês, que o magistrado procure fundamentar suas decisões com base nos julgamentos anteriores, em se tratando de um sistema legal baseado no direito estatutário, havendo inclusive regra no sentido de que é nula a decisão que segue um precedente simplesmente por ser um precedente.

lei, regras processuais e tradição evocam a ideia de um terceiro 'poder' do estado, dotado de majestade. Cada decisão começa com a fórmula, 'Aunom du Peuple Frangais'.

¹²⁸TROPE; GRZEGORCZYK, 1997, p. 108.

¹²⁹TROPE; GRZEGORCZYK, *loc. cit.*

Desta forma, o precedente, no sistema francês, terá no máximo a substância de argumento de autoridade, principalmente em referência aos julgados de cortes superiores, aos quais os magistrados de cortes inferiores não estão formalmente vinculados, mas que costumam seguir por razões de ordem prática.¹³⁰

O quadro delineado até o momento é supostamente aplicável tanto à atividade estritamente jurisdicional quanto aos tribunais administrativos. Contudo, apesar de não se expressar diretamente como sendo um sistema de precedentes, o Direito Administrativo Francês é fortemente fundado em precedentes. Assim informam Trope e Grzegorzcyk¹³¹:

It is generally said that French administrative law is mainly based on precedents. This does not mean that there are not any statutes regulating the activity of public administration. On the contrary, there is an enormous number of statutes. But they do not form a systematic body of rules, as in a code, and they do not state general principles. Therefore a systematic exposition of administrative law can only be made by stating the principles that are expressed in the decisions of the Conseil d'Etat. Conversely, one says that civil law is mainly statutory, because it is expressed in the Civil Code yet, as mentioned, the provisions of the code are constantly interpreted by the decisions of the Court of Cassation. Thus one could say that, in both cases, the role of precedent is capital. The difference is mainly ideological: the Court of Cassation is seen as transparent, its jurisprudence being considered as an interpretation in the classical meaning of the word, viz. a revelation of the meaning of the statute. On the basis of that conception, it can be said that the only source is the statute, as interpreted by the court. In the case of the Conseil d'Etat, on the contrary, it is impossible, in the context of French legal culture, to admit that the principles expressed in the 'jurisprudence' exist in the same way that statutes exist and are only 'revealed' by the courts. Even if the Conseil d'Etat itself sticks to that terminology, scholars have for a long time accepted the idea that these principles have been created and not discovered or revealed.¹³²

Partindo do estudo dos precedentes na França, podemos salientar que os precedentes estão presentes em qualquer sistema jurídico, uma vez que assumem características de forma de raciocínio geral e encadeamento lógico do pensamento. Contudo, os aspectos político-ideológicos constitutivos, historicamente, da relação entre Estado e

¹³⁰ TROPE; GRZEGORCZYK, 1997, p. 110-111.

¹³¹ *Ibidem*, p. 113.

¹³² É geralmente dito que o direito administrativo francês é baseado principalmente em precedentes. Isso não significa que não haja estatutos regulando a atividade da administração pública. Pelo contrário, há um enorme número de estatutos. Mas eles não formam um corpo sistemático de regras, como em um código, e não estabelecem princípios gerais. Portanto, uma exposição sistemática do direito administrativo só pode ser feita declarando os princípios que são expressos nas decisões do *Conseil d'Etat*. Por outro lado, diz-se que o direito civil é principalmente legal, porque está expresso no Código Civil, no entanto, como mencionado, as disposições do código são constantemente interpretadas pelas decisões da Corte de Cassação. Assim, pode-se dizer que, em ambos os casos, o papel do precedente é capital. A diferença é principalmente ideológica: a Corte de Cassação é vista como transparente, sua jurisprudência sendo considerada como uma interpretação no significado clássico da palavra, uma revelação do significado do estatuto. Com base nessa concepção, pode-se dizer que a única fonte é o estatuto, conforme interpretado pelo tribunal. No caso do *Conseil d'Etat*, ao contrário, é impossível, no contexto da cultura jurídica francesa, admitir que os princípios expressos na jurisprudência existem da mesma maneira que os estatutos existem e são apenas revelados pelos tribunais. Mesmo se o *Conseil d'Etat* se mantiver nessa terminologia, os estudiosos aceitaram por muito tempo a ideia de que esses princípios foram criados e não descobertos ou revelados.

Sociedade, assim como a relação dos poderes estatais entre si, principalmente nos países do *Civil Law*, representam uma forte barreira ao desenvolvimento dos precedentes que normalmente envolve o seu obscurecimento em fórmulas canônicas e raciocínios silogísticos.

2.4.2 Os precedentes na Itália

A Itália é um dos berços do *Civil Law* e uma grande influência no desenvolvimento do Direito Processual Civil Brasileiro ao longo do século XX, principalmente devido à influência do jurista italiano Enrico Tullio Liebman, que emigrou para o Brasil e foi titular da cadeira de Processo Civil da Universidade de São Paulo, entre 1939 e 1946.

A influência de Liebman foi intensa nos juristas que formariam a Escola Paulista de Processo, cujo expoente mais célebre é Alfredo Buzaid, idealizador do Código Processual Civil de 1973, que tomou como marco as teorias do processualista italiano. Portanto, o estudo dos precedentes na Itália pode ser um contributo de Direito comparado interessante para os objetivos deste estudo.

A estrutura judiciária italiana é dividida em duas grandes partes, uma relativa à jurisdição ordinária, responsável pela competência geral em matéria civil e penal e a segunda consiste na jurisdição especial, na qual está inserida, com destaque, a jurisdição administrativa. A Corte Constitucional Italiana é tida como órgão à parte do sistema judicial referido.¹³³

A primeira instância da jurisdição ordinária italiana é dividida entre: i) os Juízes de Paz (*giudicedi pace*), juízes leigos, com mandato de quatro anos, exercendo jurisdição civil limitada em causas de menor complexidade; ii) os Pretores (*pretore*), juízes profissionais, que exercem jurisdição civil e criminal em causas de maior complexidade que a dos Juízes de Paz e limitada, inclusive pelo valor da causa em relação ao terceiro grupo; iii) os Tribunais (*Tribunale*), exercem a competência geral de primeiro grau, exceto pelas causas de menor complexidade que são decididas pelos grupos anteriores, exercendo, em alguns casos, competência de apelação em relação aos primeiros, em geral funcionando com turmas de três juízes, que decidem algumas causas singularmente e outras em decisão colegiada. Já o segundo grau é formado pelas Cortes de Apelação (*Corte d'Apello*), que têm competência recursal e estrutura colegiada. No topo da jurisdição ordinária, temos a Corte de Cassação

¹³³ TARUFFO, Michelle; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 141.

(*Corte di Cassazione*), composta de juízes profissionais que atingiram o mais alto nível na carreira, que se dividem em câmaras de cinco julgadores e possuem competência para questões exclusivamente de Direito.¹³⁴

O sistema de cortes administrativas é dividido em dois níveis hierárquicos, as de primeira instância são os Tribunais Administrativos Regionais (*Tribunale Administrativi Regionali – TAR*), compostos por várias câmaras de três juízes profissionais cada, com jurisdição sob a região geográfica correspondente, enquanto a instância recursal e final fica a cargo do Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*), dividido em câmaras de cinco juízes.¹³⁵

A Corte Constitucional Italiana (*Corte Costituzionale*) foi introduzida pela Constituição Italiana de 1948, logo após a segunda guerra mundial e o fim do regime fascista, como antes mencionado, composta de 15 membros¹³⁶, com mandatos de cinco anos. Ela não faz parte da estrutura judicial geral, sendo voltada, exclusivamente, ao controle de constitucionalidade de leis ordinárias. Quando um juiz vinculado às estruturas ordinárias se vê diante de uma questão relativa à constitucionalidade de um estatuto, deve encaminhar os autos para decisão da Corte Constitucional.¹³⁷

Desta forma, o sistema italiano encontra-se baseado em uma dualidade de cortes supremas, ambas extremamente importantes do ponto de vista dos precedentes judiciais. A primeira é a *Corte di Cassazione*, que representará a última instância para a maioria dos casos em matéria civil e criminal de forma geral, enquanto a segunda, a *Corte Costituzionale*, ficará responsável pela interpretação constitucional, aqui incluída a interpretação de estatutos legais na perspectiva da lei maior.¹³⁸

Apesar de o sistema de divisão geral guardar um pouco mais de semelhança com o sistema brasileiro do que com o sistema francês, um dos pontos de grande distanciamento encontra-se na forma de as cortes colegiadas proferirem seus votos. Apesar de haver um juiz relator responsável pela preparação do caso para a corte, não há tomada aberta de votos ou sua divulgação. Os votos são tomados de forma secreta e o resultado da votação não é divulgado, de forma que não é possível determinar se um julgamento foi unânime, por ampla maioria ou maioria apertada, também não sendo possível se determinar as teses dissonantes que foram levantadas pelos juízes, visto que não serão admitidos pela corte na redação do julgamento.¹³⁹

¹³⁴TARUFFO; LA TORRE, 1997, p. 141-142.

¹³⁵*Ibidem*, p. 143.

¹³⁶Cinco vagas são de indicação do Parlamento, cinco vagas pela cúpula do Executivo e as últimas cinco são eleitos entre os juízes de carreira das instâncias ordinárias.

¹³⁷TARUFFO; LA TORRE, *op. cit.*, p. 144.

¹³⁸TARUFFO; LA TORRE, *loc. cit.*

¹³⁹TARUFFO; LA TORRE, 1997, p. 144-145.

Tal prática das cortes italianas merece as mesmas ressalvas que fizemos ao similar no sistema francês, visto que se mostra uma prática antidemocrática, desprestigiando o dever de publicidade e transparência que se busca das autoridades públicas. Da mesma forma, representa também um desserviço ao desenvolvimento hermenêutico do Direito e dos precedentes, uma vez que não se poderão ouvir as vozes dissonantes e nem se aferir o peso da interpretação dada ao caso dentro da própria corte emissora.

A divulgação dos julgamentos no sistema italiano não é feita na íntegra da decisão, mas na forma de um instituto peculiar vigente na *Corte di Cassazione* desde 1941. Trata-se do *Ufficio del Massimario*, composto de juízes cuja função é analisar os julgamentos da corte emissora e extrair-lhes o que chamam de *massima*. Essa consiste em uma declaração curta, entre cinco a dez linhas, acerca da regra legal que se extrai do caso, podendo ser produzidas múltiplas *massime*, no caso de se extraírem várias regras de Direito que possam ser percebidas no julgamento, mesmo que não seja efetivamente a questão central decidida (*ratio decidendi*).¹⁴⁰

Na produção das *massime*, apontam Taruffo e La Torre, as regras de direito são escritas na forma de declarações gerais, sem qualquer relação com os fatos ou especificidades subjacentes ao caso, levando em conta apenas os aspectos estritamente de Direito.¹⁴¹ Essa constatação tem efeitos nefastos em uma das operações centrais do *case law*, que consiste em se determinar a *ratio decidendi*, o entendimento jurídico central da decisão do caso e que comporá o núcleo do precedente, separando-o do *obiter dictum*, o que é mencionado de passagem de forma meramente argumentativa ou acessória, não central para a decisão do caso. Sobre as *massime* e sua relação com *ratio decidendi* e a *obiter dicta*, expõem Taruffo e La Torre¹⁴²:

The *massima* is extracted from the opinion included in the judgment; it concerns every general statement of law that may be found in the opinion. Therefore several *massime* can be derived from the same judgment, when it touches several legal problems. Perhaps the most important feature of such a system is that the *massime* are usually stated without any effective connection with the facts in issue and with the peculiar aspects of the single case. Correspondingly, it cannot be said that a *massima* contains the *ratio decidendi* of the case. It may happen, of course, but it is not certain in every case. It often happens, in fact, that legal *obiter dicta* are included in a *massima*, just because they are legal statements. Therefore a *massima* expresses a legal rule or principle that was stated in the judgment considered, but such a rule or principle does not necessarily correspond to the *ratio decidendi* of the case.¹⁴³

¹⁴⁰*Ibidem*, p. 148-149.

¹⁴¹*Ibidem*, p. 148

¹⁴²*Ibidem*, p. 148-149.

¹⁴³A *massima* é extraída da opinião incluída no julgamento; diz respeito a qualquer declaração geral de direito que possa ser encontrada no parecer. Portanto, vários *massime* podem ser derivadas do mesmo julgamento, quando ele toca vários problemas legais. Talvez a característica mais importante de tal sistema seja que a

Se levarmos em conta que as decisões são escritas por um juiz designado para relator do acórdão pelo presidente da corte ou seção¹⁴⁴, temos que o *obiter dictum* que o relator achou por bem fazer parte do acórdão, mesmo que não tenha sido objeto de discussão e votação perante seus pares, e que posteriormente um dos juízes encarregados pela redação da *massima* achou por bem relatar, acabará perante o sistema judicial italiano com o mesmo poder que a efetiva *ratio decidendi* do caso.

Para o sistema italiano, os precedentes são vistos e definidos de forma ampla e um pouco vaga, podendo significar, na maioria das vezes, qualquer decisão anterior e que apresente relevância ao caso futuramente decidido. Contudo, apesar de se existir referência à autoridade do precedente, não há no sistema italiano vinculação formal aos precedentes, mas apenas acabam sendo tidos como um modelo ou ponto de referência para as decisões posteriores.¹⁴⁵

Assim como na experiência francesa, entretanto, a teoria se distancia da prática nesse ponto, pois o que é dito em termos teóricos e normativos acerca dos precedentes difere da prática cotidiana dos tribunais. Para Taruffo e La Torre¹⁴⁶, é fato que por mais que sejam tratados, formalmente, com um caráter meramente persuasivo, os precedentes têm ao longo dos anos assumido um papel cada vez mais relevante no sistema italiano, sendo a referência aos mesmo o modo principal de citação nas decisões judiciais, até mais do que o próprio texto dos códigos, que é deixado para o caso de interpretação estritamente gramatical.

Após essa rápida visão pelos sistemas francês e italiano, que possuem origens similares à brasileira em se tratando da tradição europeia continental, podemos identificar que existem problemas muito próximos nos três sistemas que representam uma barreira para efetivação dos precedentes. O principal obstáculo parece ser de natureza doutrinária em aceitar o real papel dos precedentes, não só na prática, mas nos aspectos normativos e doutrinários, pois desse modo se pode evidenciar diversos problemas no uso dos precedentes e na qualidade das decisões judiciais que, de outra forma, restariam obscurecidas.

massima é geralmente declarada sem qualquer conexão efetiva com os fatos em questão e com os aspectos peculiares do caso. Do mesmo modo, não se pode dizer que uma *massima* contenha a *ratio decidendi* do caso. Pode acontecer, é claro, mas não é certo em todos os casos. Acontece, na verdade, que as *obiter dicta* são incluídas nas *massime*, apenas porque são declarações legais. Portanto, uma *massima* expressa uma regra ou princípio legal que foi declarado na sentença considerada, mas tal regra ou princípio não necessariamente corresponde à *ratio decidendi* do caso.

¹⁴⁴TARUFFO; LA TORRE, 1997, p. 145.

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 151.

¹⁴⁶*Ibidem*, p. 153.

2.5 A doutrina normativista dos precedentes: “Precedentes à Brasileira”

Discutida a ascensão do Judiciário e seus novos poderes, analisando alguns institutos que se prestam a dar maior vinculação à jurisprudência, já presentes em nosso ordenamento e em outros países da tradição jurídica da Europa continental, passa-se à análise dos principais argumentos da doutrina brasileira dos precedentes. Assim, começamos a traçar o esboço dos pontos principais construídos pela doutrina dos “precedentes à brasileira”, buscando analisá-los numa visão crítica, sendo estabelecidas as premissas para as discussões que virão nos capítulos seguintes, em que analisaremos o precedente no *common law* e o uso do precedente no Direito brasileiro, sob ponto de vista do dever de motivação das decisões judiciais.

2.5.1 A proposta normativista do precedente como segurança jurídica

Um dos principais argumentos sustentados pela doutrina defensora do uso dos precedentes no Direito brasileiro é de que a prática de vinculação jurisprudencial, em que as decisões sobre os mais diversos temas são uniformizadas, promove uma maior segurança jurídica vinculada ao conceito de previsibilidade de resultados. Nesse sentido, escreve Marinoni¹⁴⁷:

Relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá a previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa.

A segurança jurídica, decerto, é um valor essencial em um ordenamento jurídico e se configura como algo próprio ao Estado de Direito, ao império da lei, procurando a estabilização das relações jurídicas, assim como a previsibilidade e continuidade das mesmas perante um determinado patamar pré-estabelecido. Nossa Constituição Federal não perde de vista este valor e prevê direitos fundamentais intrinsecamente ligados à segurança jurídica como valor constitucional, como a legalidade, a garantia à coisa julgada, o ato jurídico perfeito, a irretroatividade e anterioridade em matéria penal, todos constantes da lista de direitos fundamentais do artigo 5º.

¹⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011, p. 95.

Apesar de todas essas perspectivas dentro da noção de segurança jurídica, a feição tida como mais relevante pela doutrina defensora dos precedentes é, definitivamente, a previsibilidade.¹⁴⁸ A previsibilidade envolve diretamente o conhecimento da norma, para que se possa reconhecer ações e qualificações jurídicas respectivas dadas pelas normas jurídicas. A questão da necessidade de interpretação do texto normativo, trazendo a possibilidade de leituras diversas e configurações distintas de ação e qualificação, carrega grande força à possibilidade de previsão ligada à norma escrita.¹⁴⁹

A previsibilidade seria, para os defensores desta corrente, garantida de forma diversa no *common law*, visto que seria ligada ao pensamento de que as decisões judiciais serão seguidas, diferentemente do *civil law*, que acredita no conhecimento da lei como base. Assim, expressa Marinoni¹⁵⁰:

Sublinhe-se que o *common law*, que certamente confere maior segurança jurídica do que o *civil law*, não relaciona a previsibilidade com o conhecimento das leis, mas sim a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário. O advogado de *common law* tem possibilidade de aconselhar o jurisdicionado porque pode se valer dos precedentes, ao contrário daquele que atua no *civil law*, que é obrigado a advertir o seu cliente que determinar lei pode – conforme o juiz sorteado para analisar o caso – ser interpretada em seu favor ou não. A lógica dessa tradição não apenas é inversa, e assim faz surgir a nítida impressão de que o direito do *civil law* não é tão certo quanto o direito do *common law*, como milita e se volta contra o próprio sistema, na medida em que estimula a propositura de ações, o aumento da litigiosidade, o acúmulo de trabalho e o aprofundamento da lentidão do Poder Judiciário.

Pela perspectiva dessa doutrina, assim, uma vez que não pode se garantir uma interpretação certa para cada norma, o que valerá não serão as normas, e sim a decisão judicial.¹⁵¹ Portanto, o sistema do *common law*, por se focar na decisão, tem a perspectiva certa para a garantia da previsibilidade e traria maiores possibilidades de segurança jurídica, visto que através do *stare decisis*, possibilitaria a certeza de que as sentenças posteriores receberiam influência do precedente que as dita o conteúdo obrigatório.¹⁵²

Um dos argumentos principais da doutrina brasileira dos precedentes, deste modo, é que eles seriam enunciados jurídicos prontos para aplicação, sem necessidade de interpretação, algo que, ao fim, levaria a uma característica de certeza e segurança muito maiores do que as obtidas com a lei escrita. Explica Marinoni¹⁵³:

¹⁴⁸MARINONI, 2011, p. 95.

¹⁴⁹ MARINONI, *loc. cit*

¹⁵⁰*Ibidem.*, p. 125.

¹⁵¹ MARINONI, *loc. cit*.

¹⁵² MARINONI, *loc. cit*.

¹⁵³MARINONI, 2011, p. 223.

Frise-se que, embora a doutrina do *common law* fale em interpretação de precedente e conhecido e importante livro até mesmo tenha o título de *interpreting precedents*, seria possível questionar se um precedente é realmente interpretado. De qualquer forma, é fácil demonstrar que mediante a ideia de interpretação do precedente não se busca revelar o conteúdo do seu texto, mas sim identificar os seus extratos formais, ou melhor, o significado formal das suas porções, das quais se extraem determinados efeitos, como o efeito vinculante ou obrigatório (*binding effect*). É claro que o ato de procurar o significado de um precedente, ou de interpretar um precedente, não se confunde com o de interpretar uma lei quando se fala em interpretar um precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação de sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale, basicamente, das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. É por isso que esta corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia.

Essa posição exposta por Marinoni nos parece equivocada, visto que o precedente, enquanto texto composto por signos linguísticos, tem sempre que ser interpretado, para se alcançar seu sentido, não podendo confundir que o uso exclusivo do método gramatical signifique a dispensa de interpretação, pois o conteúdo do texto só é alcançado após sua interpretação.¹⁵⁴

Esta posição de desnecessidade de interpretação dos precedentes também é reproduzida por outros autores, não só em relação aos precedentes, mas em todo o trato com a jurisprudência, pelo que se faz essencial a crítica dessa concepção feita por Streck e Abboud¹⁵⁵:

A visão tradicional sobre a súmula vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos a previsões normativas, dessa maneira, passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que “o caso concreto, com suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectiva histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo”.

A hermenêutica (filosófica) já permitiu que ficasse esclarecido que a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), dado que norma surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício, e consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionar casos *pro futuro*. A norma não, porque precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Não há textos sem norma; não há normas sem texto.

¹⁵⁴Percebe-se, assim, que merece maior análise a perspectiva do uso e interpretação dos precedentes para melhor embasar nossa crítica ao equívoco cometido ao se crer no precedente como algo que dispensa interpretação. Tal perspectiva será melhor explorada na quarta seção desta dissertação, ao se tratar das premissas linguísticas interpretativas do dever de motivação das decisões judiciais.

¹⁵⁵ABBOD; STRECK, 2013, p. 51-52

Percebe-se, portanto, que falta na análise elaborada por Marinoni uma perspectiva proporcionada pela hermenêutica filosófica, parecendo, nesse ponto, flertar com concepções muito próximas daquelas oriundas da escola francesa da exegese, apenas modificando o núcleo da lei escrita para o precedente. Sobre esse retrocesso, menciona Streck na obra de Ramires¹⁵⁶:

E o estado da arte da operacionalidade do direito se agrava, agora, com a institucionalização das súmulas vinculantes, mecanismo que representa um visível retrocesso hermenêutico, porque promove um retorno do direito à metafísica clássica. Com as súmulas, parece que o senso comum teórico atinge o seu apogeu: uma volta ao mundo das regras e às “facilidades objetivistas” oferecidas pela metodologia subsuntiva-dedutiva. Ou seja, quando o sistema se encontra em face de incertezas significativas (“casos difíceis” e tudo o que isso representa), basta elaborar uma súmula “apta” a resolver os “casos futuros”. Retorna-se de forma sofisticada, ao modelo formal-burguês, isto é, na medida em que as súmulas antecipam o discurso de validade, a tarefa dos aplicadores estará restrita ao “encaixe” da situação fática (subsunção), com um agravante: na medida em que súmulas são textos e na medida em que o positivismo interpreta textos *sem coisas*, também as súmulas serão vitimadas pelo positivismo.

A conclusão de Marinoni reside na consideração de um sistema híbrido que, mesmo pautado em normas escritas, pode ter a previsibilidade do *common law* através da univocidade de interpretação das normas. Essa previsibilidade estaria, então, disponível ao Direito brasileiro através da adoção de um sistema de vinculação de precedentes que seja capaz de alcançar a univocidade de interpretação.¹⁵⁷

No mesmo sentido, para Marinoni¹⁵⁸, seria possível alcançar, também através do sistema de precedentes aplicado à realidade jurídica brasileira, outro aspecto da segurança jurídica, que é muito similar e, em verdade, parece se confundir com a previsibilidade: a estabilidade do sistema. Pois os precedentes garantiriam a continuidade do sistema, através das decisões posteriores que constantemente iriam seguir as precedentes, em vínculo contínuo através do tempo.¹⁵⁹

Ao explorar com a devida profundidade o sistema de precedentes do *common law* e a doutrina do *stare decisis*, posteriormente, será observado que essas noções são baseadas muito mais em um modelo idealizado, uma concepção abstrata dos precedentes e seu funcionamento, mas que praticamente parece distante de toda a experiência com precedentes

¹⁵⁶RAMIRES, 2010, p. 17

¹⁵⁷MARINONI, 2011, p. 126.

¹⁵⁸MARINONI, *loc. cit.*

¹⁵⁹MARINONI, *loc. cit.*

que se tem desenvolvido na Inglaterra e outros países que utilizam o *common law* ao longo de vários séculos.

Outro argumento utilizado na defesa do uso dos precedentes no sistema jurídico brasileiro é que eles possibilitariam a igualdade de tratamento perante a lei, o que geraria maior consistência ao Estado de Direito.

A igualdade é princípio constitucional elementar ao Estado Democrático de Direito e encontra por isso destaque na Constituição Federal de 1988, ao ser inserida em destaque, no *caput* do art. 5º. A essência própria do Direito, contudo, é desigualar situações elegendo fatos e qualificações jurídicas. Porém, para manter-se de acordo com a isonomia, a diferenciação deve ser legítima e justificável perante o ordenamento jurídico.

O que significa, contudo, a afirmação de que a ordem jurídica deve fundar-se na igualdade? Significa que todos devem receber, sempre e necessariamente, o mesmo tratamento? A resposta a essa última pergunta é negativa, pois o direito é, por definição, um instrumento destinado a fazer distinções. As normas jurídicas são produto da valoração de fatos e, por isso mesmo, através delas se procura evitar que alguns fatos aconteçam, do mesmo modo como se tenta fazer com que outros não aconteçam. Tratá-los todos igualmente é incompatível com isso.¹⁶⁰

Nesse aspecto, não obstante a lei trate constantemente de realizar escolhas e distinções, ao se possibilitar, através de enunciados abstratos e aplicados em situações futuras de forma igualitária, caberá a análise da razoabilidade da distinção realizada e imposta para todos. Essa submissão de todos, em iguais condições à norma, faz parte da própria definição do Estado de Direito. A lição de Mello¹⁶¹, em obra emblemática sobre a isonomia, merece ser citada:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Um dos reflexos mais importantes, em se tratando de atividade judicial, da aplicação do princípio da igualdade, é o dever de tratar casos iguais com respostas iguais, o que seria um valor de justiça básico.¹⁶² Nessa perspectiva, a possibilidade de tratar casos

¹⁶⁰MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133.

¹⁶¹MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 10.

¹⁶²MARINONI, 2011, p. 140

iguais de formas diversas, através de interpretações divergentes das normas jurídicas, presente no sistema do *civil law*, é para Marinoni¹⁶³ um desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, se não vejamos:

É imprescindível sublinhar, nesta altura do desenvolvimento do presente livro, que o Judiciário de *Civil Law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional. O Judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpá-lo, seria razoável apenas se lhe coubesse decidir os casos iguais de forma desigual.

E crítica, esse mesmo processualista, de forma ainda mais severa em momento posterior de sua obra, ligando diretamente a possibilidade de decisões conflitantes com uma permissividade ao livre arbítrio e ao decisionismo¹⁶⁴.

Na verdade, ao permitir decisões díspares a casos iguais, o sistema estimula o arbítrio e a parcialidade. Se o juiz pode atribuir significados distintos à mesma norma, o juiz parcial está livre para decidir como lhe convier, bastando justificar as suas opções arbitrárias. Porém, quando está sujeito ao seu passado, isto é, ao que já decidiu, o juiz não pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitrário.

Para Marinoni, a própria ideia de decidir de forma contrária ao precedente, que significa o comando hierárquico superior, é uma atividade em si arbitrária e contrária à ordem jurídica por essência, consistindo a fundamentação da decisão, qualquer que seja, apenas uma fachada para o decisionismo. O que se faz interessante nesse ponto é que, em nenhum momento, é questionado o mérito ou acerto da decisão superior, que parece também correr o risco da arbitrariedade, que mereceria respeito, nesse sentido, simplesmente por ser uma ordem hierarquicamente superior, assumindo uma perspectiva extremamente pragmática do direito.

Marinoni¹⁶⁵ assevera que a concepção de igualdade dentro do sistema judicial do *civil law* estaria se restringindo às noções de paridade de armas e contraditório real, que possibilitariam as partes litigar em pé de igualdade perante o juiz, indicando a real possibilidade de influência na tomada de decisão do magistrado. Não haveria, portanto, nenhuma noção de igualdade que seja externa ao processo, que não envolva o tratamento das

¹⁶³*Ibidem*, p. 141.

¹⁶⁴*Ibidem*, p. 175.

¹⁶⁵*Ibidem*, p. 143.

partes, mas o tratamento de causas com similaridade. Isso seria característico do processo civil individualista de nítida tradição liberal.¹⁶⁶

Frise-se que, tanto a noção de segurança jurídica em previsibilidade, como o tratamento igualitário das causas, consistem em interesses muito fortes do sistema liberal (e neoliberal, por consequência), em que a sociedade de mercado marcada pela globalização exige um nível de determinação e estabilidade das relações o maior possível, garantia de cumprimento de obrigações civis da forma prevista, o que possibilita ao mercado realizar suas operações fictícias de replicação e alavancagem do capital. E não tendo o Legislativo e o Executivo suprido tais aspirações do capital, as novas apostas realmente parecem ser o Judiciário e o ativismo.¹⁶⁷

O sistema que busca essa igualdade, iniciando a reprodução de respostas iguais para casos semelhantes (*treat like cases alike*)¹⁶⁸, está também intimamente ligado à noção de coerência do ordenamento jurídico através do controle da interpretação jurídica pelas cortes superiores, tendo no juízo singular um mero reproduzidor da jurisprudência superior.

A coerência do ordenamento jurídico, na tradição do *civil law*, sempre foi ligada ao fenômeno da codificação, que visava alcançar uma apresentação de um sistema coerente de normas à sociedade, que possibilitaria uma visão global e uma da regulação das relações sociais, sempre partindo do pressuposto da desnecessidade de interpretação diante da clareza dos enunciados (*in claris cessat interpretatio*).

Essa garantia de coerência baseada na codificação, contudo, tem o erro na eleição da premissa, pois a hermenêutica filosófica tem mostrado que a necessidade de interpretação é característica de toda e qualquer expressão escrita.

Para Marinoni¹⁶⁹, essa falta de coerência no ordenamento seria um grande problema ligado à tradição do Direito legislado:

Inexiste coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Na verdade, em caso de decisões que afirmam significados distintos em relação a um mesmo texto legal, não há sequer como pensar em direito dos juízes ou em discurso do Poder Judiciário. Desconhece-se o pensamento e o discurso do Judiciário.

Note-se, contudo, que isso é extremamente grave quando se tem consciência de que o direito é produzido pelo Judiciário e de que o Estado de Direito depende de um direito coerente. Como adverte Neil MacCormick, “num estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independente do juiz do caso. Fidelidade

¹⁶⁶ MARINONI, 2011, p. 143.

¹⁶⁷ HIRSCHL, 2004, p. 50-70.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 175.

¹⁶⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 173.

ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro”.

A doutrina apresentada põe grande importância na coerência sistemática e na igualdade do sistema, tendo por base a constatação de que nenhum desses objetivos pode ser alcançado se houver no sistema a possibilidade de julgamentos conflitantes. A resposta para isso, na perspectiva dessa doutrina dos precedentes à brasileira, seria a univocidade interpretativa do ordenamento através de uma estrita vinculação à jurisprudência dos tribunais superiores.¹⁷⁰

Nesse momento, tendo em vista que os argumentos apresentados no presente tópico apontam para um sistema de forte verticalização das decisões, é possível explorar mais a visão desse fenômeno por parte da doutrina aqui relatada, visto que este ponto dedica-se ao estudo dos argumentos apresentados por quem julga ser profícuo um sistema brasileiro de precedentes obrigatórios.

2.5.2 A verticalização e a intensa concentração das decisões nos tribunais superiores

Autores influenciados pelas ideias neoconstitucionalistas e, principalmente, pela nova jurisdição constitucional que vem sendo desenvolvida, em especial pelo STF ao longo dos últimos anos, acreditam que esse novo modo de ver o Direito implicaria na aproximação do sistema brasileiro a alguns dos institutos centrais do *common law*, especialmente à força obrigatória dos precedentes. Assim, sustenta Perrone¹⁷¹, logo no início de sua obra sobre o tema:

A indiscutível expansão do controle concentrado de constitucionalidade, as discussões empreendidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia transcendente da motivação nesta sede, e, finalmente, a criação da súmula vinculante, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, apontam para um novo momento da hermenêutica constitucional. Tais fatos expressam a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, da atribuição de uma força vinculante geral aos precedentes judiciais. Representam, assim, uma aproximação do nosso sistema jurídico, correspondente a um modelo de direito codificado-continental (*civil law*), ao sistema de *common law*, no qual a ideia de vinculação ao julgado possui papel central.

Esta suposta aproximação estaria se dando de maneira bem estranha ao sistema do *common law*.¹⁷² Primeiro por se tratarem, em sua maioria, de mudanças legislativas que

¹⁷⁰A possibilidade de interpretação unívoca no *case law* será analisada de forma mais crítica após realizarmos o estudo mais aprofundado do *common law* e seu funcionamento no capítulo seguinte.

¹⁷¹MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.

¹⁷²RAMIRES, 2010, p. 15-20.

influem em modificações de cunho persuasivo ou um reflexo da jurisprudência defensiva, e o caso vinculante trata de súmulas que, como já fixado, não constituem propriamente precedentes, mas institutos próprios do Direito brasileiro com origens portuguesas.¹⁷³ Portanto, incompatíveis com as noções do *common law* referentes à *binding force* dos precedentes - que têm caráter histórico e progressivo - além do que reduz a experiência do Direito comum ao *stare decisis*, uma característica bastante nova se contar a tradição jurídica inglesa quase milenar.

Para Marinoni¹⁷⁴, o papel do juiz, ocasionado pelo neoconstitucionalismo, geraria um papel criador diferenciado que aproximaria o *civil law* do *judge made law* da tradição britânica. Nas palavras do autor:

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a idéia de supremacia do legislativo. Lembre-se que o juiz, mediante técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara – ou ainda mais evidente – ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos dos princípios da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes que se concebeu no *common law*. [...]

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições desses sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes.

A ideia de precedentes obrigatórios na doutrina normativista está muito ligada a uma verticalização intensa das decisões judiciais, possibilitando um controle hermenêutico por parte da cúpula do Judiciário, que irradiará com força vinculante para todos os outros juízos de instâncias inferiores.

Para esta doutrina, estaria na competência dos tribunais superiores a responsabilidade de definir a interpretação a ser dada à legislação federal e à Constituição, devendo estas decisões, por se encontrarem em nível hierárquico superior, e supostamente tratarem do mister em si destes tribunais, serem respeitadas pelos tribunais ordinários e juízos singulares, além de impostas de forma obrigatória, se necessário.¹⁷⁵

¹⁷³ LOPES FILHO, 2016, p. 128-135.

¹⁷⁴ MARINONI, 2011, p. 69-72.

¹⁷⁵ *Ibidem.*, p. 168.

Essa ideia funda-se na noção de que existe no Direito brasileiro um sistema de duplo juízo de mérito, em que a decisão do juízo singular não decide a demanda, senão em uma perspectiva meramente técnico-didática. As demandas seriam em verdade decididas quando do juízo de mérito realizado pelo tribunal. Para que esse sistema funcione de fato, seria necessária a previsibilidade da decisão do tribunal para que possa ser evitada a inutilidade do provimento de primeiro grau, pois diante da improbabilidade de reforma no tribunal, as partes se contentariam com a decisão do juízo singular. Tal produto só seria possível através de uma jurisprudência pacificada e estável nos tribunais.¹⁷⁶

Todo o sistema estaria baseado no sentido de que pertenceriam aos tribunais superiores a verdadeira análise e interpretação dos casos e a proferir decisões que serão tidas como a real interpretação da aplicação das normas jurídicas ao caso concreto, devendo ser seguidas por todo o sistema, sob pena de haver quebra na coerência e estar o magistrado agindo de forma arbitrária ao negar aplicação ao precedente superior.¹⁷⁷

A jurisprudência do próprio STF tem decidido que a hierarquização é extremamente necessária e é uma questão de respeito à ordem jurídica e à Constituição como um todo, chegando a afirmar, inclusive, que a existência de decisões conflitantes com os julgamentos do STF nos juízos inferiores seria uma ofensa à força normativa da Constituição.¹⁷⁸

Nesse mesmo sentido é que, para Marinoni, o fato de uma decisão de órgão jurisdicional inferior decidir de forma contrária àquela de um tribunal superior, que tem a respectiva incumbência de uniformizar a interpretação da legislação federal e da Constituição, não se trataria de mera divergência, mas de desrespeito e negativa da eficácia própria do precedente da corte superior.¹⁷⁹

O ápice dessa visão hierárquica é apresentado por Marinoni¹⁸⁰, ao afirmar que a decisão do juízo inferior tem pouca importância, pois a real eficácia estaria nas decisões dos juízos superiores. Nas palavras do jurista:

Em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior – é apenas essa que vale e produz efeitos. Ora, esta é

¹⁷⁶MARINONI, 2011, p. 166.

¹⁷⁷MARINONI, *loc. cit.*

¹⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 227001, 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes.. Brasília, 18 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 2007. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:2007-09-18;227001-3625747>>. Acesso em: 26 maio 2019.

¹⁷⁹MARINONI, *op. cit.*, p. 387.

¹⁸⁰*Ibidem*, p. 209.

a mesma lógica que sustenta um sistema que, necessariamente, não pode tratar casos iguais de forma desigual. É fácil concluir, portanto, que vincular as decisões inferiores às superiores significa apenas evitar o trabalho – e todos os males daí decorrentes – de elas serem reformadas!

Observe-se, ainda, que todos esses mandamentos de vinculação jurisprudencial recentemente integrados pelo Direito brasileiro acarretam uma imensa verticalização das decisões, principalmente no STF e no STJ, refletindo uma noção de que a jurisprudência dos juízos de primeiro e segundo grau são irrelevantes ao sistema. Mais uma vez, isso não reflete o sistema do *common law*, como aponta Lopes Filho¹⁸¹:

É preciso destacar, entretanto, uma característica importante existente mesmo no Reino Unido: ainda que a lógica seja a obediência de uma corte inferior aos precedentes de uma superior, a corte superior também deve observar a linha jurisprudencial inferior que tenha gerado estabilidade social. Só poderá romper com esse padrão já firmado se forem apontadas razões suficientes. Em outras palavras: as decisões inferiores “importam”, ao contrário do que propõe Marinoni para o Brasil. Os tribunais superiores não julgam a partir do zero. Na medida em que se admite que os precedentes servem de orientação jurídica à população, devem as instâncias recursais reconhecer e considerar a orientação jurídica já emprestada judicialmente. Esse é outro ponto relevante da distinção da chamada aproximação, pois se está a propor, atualmente, uma convergência não a algo efetivamente verificado, mas a uma ideia de obediência legal a julgados que não guardam correspondência com o que se verifica nos países “exportadores”. [...]

Nos Estados Unidos – cuja doutrina parece exercer mais influência sobre os brasileiros – não se propõe indistintamente que o juiz deva aplicar incondicionalmente o precedente, mesmo com ele discordando. Há um consenso de que, caso se entenda que o pronunciamento passado de alguma maneira é inaplicável ou inviável, não se deve pautar por ele o julgamento presente.

O extremismo da vinculação tem como premissa o entendimento de que os juízes dos tribunais superiores possuem opiniões imutáveis sobre determinados temas e que as razões externas, sejam as feitas pelas partes ou as feitas pelos juízes de instância inferior, não teriam qualquer possibilidade, ainda que hipotética, de efetuar mudanças no pensamento destes ministros sobre a interpretação das normas e análise de casos. A experiência jurídica é subestimada e posta como algo que possa ser decidida em todos seus complexos contornos de forma bastante aberta, segundo os novos poderes neoconstitucionalistas, por alguns poucos magistrados, de forma extremamente antidemocrática e concentradora de poder.

Se há alguma consideração hierárquica na questão dos novos poderes jurisdicionais, ela envolve, principalmente, a valorização do juízo de primeiro grau, em face do motivo de que ele fará a colheita de provas e receberá as partes em audiência, podendo ficar mais perto do significado social por trás da lide e da verdade real sobre os fatos postos

¹⁸¹LOPES FILHO, 2016, p. 114.

ao seu julgamento, restando munido de maiores elementos para realizar uma ponderação precisa. O juízo superior não tem essa mesma oportunidade, visto que lida apenas com questões jurídicas em sentido estrito, tendo por base os fatos já fixados pelo juiz de piso.

O sistema constitucional brasileiro parece ter reconhecido essa igualdade de poder entre os julgadores, restando, obviamente, cada um em sua jurisdição, ao eleger um modelo de controle difuso de constitucionalidade, sendo assim viável que todo juiz, da menor comarca ao STF, tem o maior poder jurisdicional concedido pela Constituição, que é o de afastar uma lei ou ato normativo por incompatibilidade com a ordem jurídica constitucional.

O incremento dos instrumentos de vinculação jurisprudencial que dão força à jurisprudência dos tribunais superiores, em especial para as Súmulas Vinculantes, são provas de que este poder jurisdicional neoconstitucionalista está sendo mais restrito às instâncias superiores, na mão de cada vez menos julgadores com um poder crescente, privilegiando o controle da cúpula judicial sobre a base em um intenso movimento de hierarquização. O sistema de precedentes judiciais, no modelo defendido pela doutrina nacional e utilizado de forma subtendida por alguns tribunais, busca inflar esse sistema na procura da coerência sistemática que, conforme já vimos, não pode ser alcançada por esse modelo.¹⁸²

Monta-se, assim, um sistema em que há grande vinculação para os juízos das instâncias iniciais, mas o que se vê no STF é que o mesmo não se considera vinculado, seja por suas próprias decisões anteriores (como é natural no *common law*), pela doutrina ou pelaei propriamente dita.¹⁸³ O tribunal toma para si grandes poderes e busca cada vez mais a vinculação das instâncias inferiores para suas decisões, a exemplo da atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante nas decisões em controle difuso, chamada de “abstrativização dos efeitos”, que já foi mencionada.

Nesse contexto, resta formada a ideia de que os tribunais superiores atuam segundo amplos poderes jurisdicionais de ponderação e conformação, assumindo uma perspectiva protagonista e controladora das políticas públicas. Enquanto isso, as instâncias inferiores devem, cada vez mais, deferência às decisões superiores, submissão reforçada pelos tribunais de segunda instância em suas próprias decisões, através de um sistema de precedentes defeituoso, vinculado a ementas e enunciados abstratos pré-definidos que nada possuem do real sistema de precedentes baseado na *ratio decidendi*.¹⁸⁴

¹⁸²ABBOUD; STRECK, 2013, p. 35.

¹⁸³*Ibidem*, p. 36.

¹⁸⁴LOPES FILHO, 2016, p. 104-135.

Nesse sentido, parece que quanto maior a vinculação nas instâncias inferiores, maior é a liberdade das instâncias superiores e, principalmente, do STF, que se utiliza da grande abrangência temática da Constituição Federal de 1988 para realizar o controle de todo ordenamento jurídico e não só do que se consideraria estritamente constitucional.

O entendimento dos julgadores é de que suas decisões são a expressão do que o direito efetivamente é, devendo os demais magistrados e tribunais inferiores prestarem deferência e adesão ao seu entendimento, por questão de lógica e disciplina judiciária.¹⁸⁵

A jurisprudência dos tribunais superiores, assim, deseja conferir de todos os modos uma vinculação cada vez maior ao seu entendimento, pondo em prática a compreensão de que eles consistem na cabeça pensante do Judiciário, que decide livremente segundo sua consciência e de acordo com os poderes conferidos pelo constitucionalismo contemporâneo. Paralelamente, os juízes inferiores não poderiam exercer esses poderes de ponderação no caso concreto, pois estão cada vez mais vinculados aos enunciados abstratos emanados da corte maior do país.

Parece, portanto, que o neoconstitucionalismo só funciona para uma parcela dos juízes, enquanto outros estão mais vinculados aos modelos estéreis de qualificação jurídica do caso, em que se faz uma decisão extremamente vinculada aos interesses das elites políticas e econômicas e cada vez mais distante da realidade social e suas necessidades, como também distante do caso concreto que possibilita a análise real dos fatos e das partes nesse contexto.

¹⁸⁵MARINONI, 2011, p. 174-177.

3 DAS ORIGENS DO *COMMON LAW* À TEORIA DOS PRECEDENTES E SEU CONTRIBUTO PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Na análise das grandes tradições e vertentes jurídicas que são propagadas na experiência jurídica ocidental é possível apontar três grandes escolas de Direito, que utilizam como base principal algum dos três elementos jurídicos: a lei, a doutrina e a jurisprudência. Tais abordagens correspondem, respectivamente, aos sistemas francês, alemão e inglês.¹⁸⁶

A experiência francesa confere primazia ao legislativo e à produção de leis escritas. Essa constatação é decorrente da experiência da Revolução Francesa de 1789 e dos períodos logo subsequentes que apontam, inicialmente, para o uso de sistemas racionalistas baseados no direito natural, com vistas à derrubada do sistema jurídico do antigo regime absolutista. O caminho seria trilhado até o advento do Código Civil Napoleônico de 1804, como um marco do movimento da codificação.¹⁸⁷

A Alemanha, principalmente por sua unificação tardia e pulverização dos diversos sistemas das tribos germânicas, teve uma evolução bem diversa, fortemente influenciada pelo estudo acadêmico do Direito Romano. Assim, o debate ocorreu, durante muito tempo, em torno da questão da recepção de um sistema jurídico estrangeiro em contraponto à continuidade do direito comum vigente nas diversas comunidades germânicas. Essas discussões eram travadas nas cátedras das universidades, o que posteriormente viria a gerar questões sobre a codificação e afirmação da Escola Histórica, que viriam a culminar no Código Civil Alemão (*Bürgerliche Gesetzbuch*) de 1900.¹⁸⁸

A tradição inglesa é formada por um grande apego às experiências judiciais concretas e à manutenção das tradições e estabilidade do sistema político e jurídico como um todo. Aliava-se a essa perspectiva a rejeição dos estudos de resgate do Direito Romano, característico da escola de Bolonha que tanto influenciou a experiência alemã, preferindo optar pela regência construída por um corpo de decisões anteriores, que formavam o que se denominou de *common law*. O respeito à tradição e às instituições históricas são importantes ao povo inglês, que nelas enxerga sua verdadeira garantia, principalmente contra as intromissões excessivas do parlamento.¹⁸⁹

Observa-se que cada um desses sistemas conferiu primazia a um elemento que, em determinado momento histórico, representou uma garantia contra a arbitrariedade

¹⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28

¹⁸⁷ STRECK, *loc. cit.*

¹⁸⁸ STRECK, *loc. cit.*

¹⁸⁹ STRECK, *loc. cit.*

governamental e um reforço às estruturas do Estado de Direito, sem significar que os outros elementos não poderiam ter sua parte no sistema.

Neste contexto das três tradições, o Brasil tem como principais paradigmas as tradições francesa e alemã em suas raízes, sem desconsiderar há uma grande mescla entre várias influências ocidentais para a formação do sistema brasileiro. Sobre esse, na perspectiva apontada, imprescindível a lição de Streck:¹⁹⁰

Já no ambiente jurídico brasileiro, a impressão que se tem é de que todas essas tradições estão presentes no imaginário de forma difusa e, por vezes, acrítica. Falamos o tempo todo de precedentes, formalismo conceitual, “juiz boca da lei” e outras tantas expressões que remetem às diversas tradições dessa cultura jurídica europeia. Para ficar apenas no âmbito dos códigos, vale lembrar, com José Reinaldo de Lima Lopes, que a comunidade jurídica brasileira que produziu o Código Civil de 1916 esteve sempre sob influência direta da pandectística alemã, que acabou por gerar um direito privado cujo modelo era/é fortemente germanizado; mas, ao mesmo tempo, passamos a comentar e fazer doutrina com autores franceses e italianos, que pouco ou nada têm que ver com o direito civil alemão.

Sempre estivemos, portanto, às voltas com essa espécie complicada de sincretismo. Isso é um problema porque acaba gerando – a falsa – idéia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um “direito melhor” ou “mais avançado”. Certamente isso é um ledão engano.

Estabelecidas essas premissas gerais acerca das três grandes tradições jurídicas, deve-se partir para o estudo da tradição inglesa, e também da experiência norte-americana, com o sistema jurídico do *common law* no sentido de melhor entender o funcionamento do uso normativo do precedente judicial.

De uma introdução histórica ao Direito inglês e norte-americano, principalmente no que concerne ao desenvolvimento do *common law* e do direito produzido pelos juízes, analisaremos a doutrina dos precedentes propriamente dita, chegando-se ao fim com uma concepção preliminar do que foi abordado e suas consequências na aceitação ou rejeição da doutrina dos precedentes no Direito brasileiro.

3.1 As origens do *common law*

O sistema jurídico anglo-saxônico, que tem em sua essência o *common law*, é característico do Reino Unido e de vários países de colonização inglesa, tendo por elemento essencial a utilização das decisões judiciais como principal fonte do direito e da normatividade social, através da atribuição de efeito vinculante geral às razões de decidir dos provimentos judiciais para casos futuros, convivendo em um período mais recente com a lei escrita (*statute law*).

¹⁹⁰ STRECK, 2011, p. 29.

As soluções proferidas em cada caso, assim, servirão para ser utilizadas de parâmetro decisório para situações análogas. O desenvolvimento do sistema vai ocorrendo de acordo como crescem as associações e distinções, que por sua vez formam novos precedentes e vão atingindo um número cada vez maior de situações.¹⁹¹

Pode-se apontar, então, que o *common law* desenvolve-se com base no raciocínio por indução e na metodologia de associação e distinção entre casos, enquanto o *Civil Law* se caracteriza pelo predomínio da lei escrita, do raciocínio dedutivo e do método interpretativo associados à hermenêutica clássica.¹⁹²

Tais características não significam que esses sistemas vivem exclusivamente desses modelos básicos, mas que sofrem influências mútuas e têm cada vez maior aproximação na busca de otimização do funcionamento do sistema judicial, adequando-o às necessidades específicas de cada ordenamento individual.

É essa aproximação que gera a atual influência da sistemática dos precedentes no Direito brasileiro e que motiva a presente dissertação e as reflexões consequentes. Portanto, é essencial que seja realizado um rápido panorama histórico do funcionamento do *common law*, sem pretensões historiográficas que fogem ao escopo deste trabalho, tendo como objetivo identificar o contexto em que se desenvolveu a doutrina dos precedentes e o *stare decisis*, sempre com o foco na aplicação em nosso ordenamento.

Não estamos aqui a asseverar que a única forma de se utilizar os precedentes seria mediante a importação da doutrina do *common law* e que essa seria a única experiência válida. O sistema brasileiro possui histórico próprio com a jurisprudência em sua perspectiva persuasiva, possuindo inclusive uma versão diferente do precedente para propagação da jurisprudência, as súmulas persuasivas e as súmulas vinculantes. No entanto, a doutrina dos precedentes vem sendo desenvolvida há quase mil anos e não de forma dogmática ou impositiva, mas no desenvolvimento natural e experimentado, o que torna profícua a análise do desenvolvimento, funcionamento e lógica por trás dos precedentes naquele sistema, ante a possibilidade de aprender com os erros e acertos dessa tradição jurídica.

O *common law* é um sistema baseado nos costumes e tradições como parâmetros maiores da construção dos julgados, que passaram a reger, também com uma continuidade e caráter de costume judicial as relações interpessoais. Assim, deve-se levar em conta também que durante sua história, o *common law* e o Direito inglês, mais especificamente, mantêm-se

¹⁹¹MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.**Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12.

¹⁹²FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67-83.

constantes e mais ligados à tradição, diferente do *civil law* que teve grandes mudanças pelo redescobrimto do Direito romano e da codificação.¹⁹³

3.1.1 O Direito inglês

O Direito inglês, tido em sentido estrito como corpo de regras jurídicas obrigatórias, ocupa sem dúvida lugar de destaque na família do *common law*, visto que nele reside a origem mais importante do sistema de direito comum que rege várias nações e uma parcela considerável da humanidade.¹⁹⁴

É importante, inicialmente, ressaltar que o que aqui denominaremos de Direito inglês não é um sistema único aplicado a todos os países de língua inglesa ou a comunidade de nações (*British Commonwealth*), nem mesmo ao Reino Unido como um todo, mas, especificamente à Inglaterra e ao País de Gales.¹⁹⁵

O Direito inglês é pautado na continuidade de seu sistema, avesso principalmente à codificação característica do Direito francês, que representaria uma descontinuidade histórica e uma quebra de tradição. A evolução histórica e sua estabilidade sistemática é o orgulho do jurista inglês e está muito ligada à própria tradição inglesa de continuidade do sistema político sem revoluções e grandes instabilidades de regime, o que faz do *Common Law* inglês um sistema jurídico bem característico da própria índole e história de seu povo e sua nação.¹⁹⁶ Tal aspecto é bem pontuado por David¹⁹⁷:

Não há, na Inglaterra, códigos como encontramos na França, e apenas em matérias especiais foi feito um esforço para apresentar o direito de forma sistemática. Não é isso um acaso. A concepção de direito que os ingleses sustentam é, de fato, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de direito inglesa (*legal rule*), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador. As categorias e conceitos, no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente.

A continuidade do sistema e imutabilidade de suas normas é considerada como garantia maior das liberdades individuais por parte da tradição inglesa. Assim expõe Cruz e Tucci¹⁹⁸:

¹⁹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 283

¹⁹⁴ *Ibidem*. p. 281.

¹⁹⁵ DAVID, René. **O Direito Inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. VII.

¹⁹⁶ DAVID, 1996, *op. cit.*, p. 283

¹⁹⁷ DAVID, 2006, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 150.

O sistema do *common law*, desde a sua formação inicial, “era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social de seu tempo, que qualquer intenção de alterá-lo se depararia com o adágio ‘*no lumus leges Angliae mutari*’¹⁹⁹, com o qual os barões no Estatuto de Merton, de 1236, opuseram-se à exigência do clero de modificar as leis inglesas que regiam o casamento.

Pode se identificar quatro grandes períodos principais da história do Direito britânico. O primeiro compreende todo o tempo anterior à conquista normanda de 1066, chamado de período anglo-saxônico. O segundo vai do ano 1066 até 1485, início da dinastia dos Tudors, em que ocorre a formação do *Common Law*. O terceiro período, por sua vez, compreende os anos de 1485 até 1832, o qual é marcado pela ascensão de um sistema complementar e até rival do direito comum, denominado de *equity*. O último período, chamado de período moderno, é o que vai de 1832 até os dias atuais, marcado pelo crescimento da importância da lei escrita no sistema.²⁰⁰

Antes da conquista normanda de 1066²⁰¹, o Direito inglês começa a se desenvolver após o fim do domínio romano por meio de diversas tribos de origens dinamarquesa, saxônica e anglos. Pouco restou de vestígios históricos desse período, que se caracteriza por um sistema pouco abrangente, regulando apenas uma pequena parcela da vida social.²⁰²

A conquista normanda não modifica imediatamente o sistema então posto, visto que Guilherme, o conquistador, pretendendo governar a Inglaterra como sucessor do rei Eduardo, proclama que o direito anglo-saxão se manteria em vigor, podendo-se, inclusive, observar-se casos de invocação de normas da época mencionada mesmo nos dias atuais.²⁰³

O *common law*, que se forma nesse período de quatro séculos que sucederam a conquista normanda, é assim denominado de direito comum por ser comum em toda a Inglaterra, diferente dos costumes locais que ainda eram aplicados de forma regionalizada (jurisdições senhoriais e eclesiásticas).²⁰⁴ Os Tribunais Reais (Tribunais de Westminster) eram os responsáveis pelo desenvolvimento e aplicação do direito comum. Inicialmente, esses Tribunais eram apenas cortes de exceção que atuavam em casos que justificassem a

¹⁹⁹ O adágio “*no lumus leges Angliae mutari*” pode ser traduzido livremente como “Não queremos a alteração da Lei”.

²⁰⁰ DAVID, 1996, p. 283

²⁰¹ A conquista normanda foi uma invasão e ocupação da Inglaterra no século XI por um exército normando, bretão e francês liderado pelo duque Guilherme II da Normandia, que mais tarde viria a se denominar Guilherme I da Inglaterra e receber o título de “o Conquistador”. A mudança de dinastia para o domínio francês trouxe, a longo prazo, diversas mudanças no contexto social, econômico e cultural inglês.

²⁰² DAVID, *op. cit.*, p. 283

²⁰³ *Ibidem.*, p. 285

²⁰⁴ DAVID, *loc. cit.*

intervenção do Rei e eles foram crescendo aos poucos sua jurisdição, à medida em que o novo sistema ia se construindo e se consolidando.²⁰⁵

A atuação dos Tribunais Reais se procedia com a criação das normas substantivas, visto que não existiam normas pré-definidas de direito material. No entanto, havia normas processuais bastante rígidas e formalistas que, para o pensamento da época, funcionavam como garantias da justiça da decisão.²⁰⁶ A importância do direito processual no sistema inglês tem reflexos até os dias atuais na ideia de que “as garantias precedem os direitos” (*remedies precede rights*).²⁰⁷

A expansão da competência dos Tribunais Reais vai enriquecendo a jurisprudência e o conseqüente crescimento das normas de direito material, possível graças ao interesse do rei na atividade que representava aumento de poder e aos lucros de administração, além do que havia interesse dos particulares no tribunal, visto que esse contava com condução coercitiva de testemunhas e poder executivo das decisões.²⁰⁸ Tal expansão se dava como uma forma de instância superior e independente dos sistemas regionais praticados pelos senhores de terras. Paulatinamente, a jurisdição dos tribunais passou a sujeitar a todos em igualdade de condições, o que representou o nascimento da ideia do *Rule of Law* tão fundamental à tradição inglesa.²⁰⁹

Neste período inicial e até a consolidação do direito comum nos séculos XVII e XVIII, não se pensava na atividade jurisdicional criadora como algo autocrático, imposto ou arbitrário. Observa-se, contrariamente, uma concepção da existência, precedente e abstrata, das normas do *common law* como um direito superior, cujos princípios serão propagados e conservados através dos magistrados, que atuam como reais protetores do sistema jurídico inglês.²¹⁰

Podemos observar que foi muito importante este período inicial de criação do *Common Law* para algumas características do direito inglês, presentes até os dias atuais, algo que na lição de David:²¹¹

Pelo menos em quatro aspectos elas marcaram, de modo duradouro, o direito inglês, no qual, ainda nos dias de hoje, podemos notar sua influência. Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o

²⁰⁵ MELLO, 2008, p. 15.

²⁰⁶ DAVID, 1996, p. 287.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 15.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 288.

²⁰⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 16.

²¹⁰ TUCCI, 2004, p. 11.

²¹¹ DAVID, *op. cit.*, p. 290.

direito público e o privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano.

É assim que o crescimento deste sistema de direito comum faz com que seja barrada a influência do Direito romano, que estava a ter imensa aceitação na Europa continental, apontando Tucci²¹²:

Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a “recepção falhada” das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. Enquanto, por exemplo, na Itália e na Alemanha, a divisão territorial em comunas e pequenos reinos tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, “a Grã-Bretanha já tinha o seu próprio direito comum”.

Por último, em relação a esse período, vale salientar que a expansão da jurisdição dos tribunais não era muito bem vista pelos barões e senhores de terras, visto que representava uma perda de poder em favor do absolutismo monárquico.²¹³ Tal embate culminou no Estatuto de Westminster II, de 1285, que assegurava que os remédios legais só seriam concedidos pelos Tribunais Reais apenas em casos semelhantes aos decididos anteriormente, ou seja, limitava a atuação dos tribunais aos precedentes já existentes, vedando a criação de novas ações.²¹⁴

A característica da rigidez do sistema inglês foi aos poucos sendo moldada através dos séculos, mas suas feições permanecem até hoje, o que pode ser observado quando se leva em conta o regime de precedentes diferenciado do praticado nos Estados Unidos. Sobre essas diferenças sistêmicas e a rigidez do Direito inglês, deve-se ter em conta o que escreve Lopes Filho²¹⁵:

No Reino Unido, o respeito aos precedentes é bem mais recrudescido, tanto no sentido vertical (das cortes inferiores em relação às superiores) quanto horizontal (no famoso caso *London Tramways v. London County Council, a House of Lords*, última instância recursal, à época, julgou-se, no século XIX, obrigada a seguir seus próprios precedentes). Naquele País, a difusa ideia consiste no dever de o magistrado observar os pronunciamentos pretéritos incondicionalmente, salvo os conhecidos casos de *overruling* e *distinguish*. A flexibilização desse rigorismo foi bastante contida e ocorreu muitos anos depois, em 1966, quando a *House of Lords* admitiu não ser submissa aos seus pronunciamentos anteriores.

A limitação de casos em virtude do Estatuto de Westminster II aliado ao extremo formalismo do procedimento nos Tribunais Reais e ao declínio e o desaparecimento das jurisdições senhoriais, faz com que o sistema passe a não mais atender às necessidades de prestação jurisdicional buscada pela sociedade. É neste ponto que surge o terceiro período da

²¹² TUCCI, 2004, p. 151.

²¹³ MELLO, 2008, p. 17.

²¹⁴ MELLO, *loc. cit.*

²¹⁵ LOPES FILHO, 2016, p. 114.

história do Direito inglês, no qual um ramo paralelo denominado de *equity* irá rivalizar com o direito comum.²¹⁶

Com o congelamento dos precedentes do direito comum, a insatisfação da população com a prestação jurisdicional estatal torna-se bastante forte, o que demandava por novas possibilidades de responder aos anseios gerais por justiça. É assim que fundados no poder real, o qual era somente delegado aos tribunais, começam a ser propostos recursos diretamente ao rei para que venha fazer a justiça no caso particular.²¹⁷

Estas causas eram analisadas primeiramente pelo chanceler, que só passava ao rei e seu conselho o que considerasse relevante. A figura do chanceler como um verdadeiro magistrado, cada vez mais solicitado, vai tomando importância, principalmente durante a dinastia dos Tudors, sendo suas decisões primeiramente tomadas por uma noção de equidade do caso concreto. Posteriormente, as decisões vão adquirindo maior sistemática através de princípios provenientes do direito romano e do direito canônico, respondendo melhor aos interesses sociais.²¹⁸

Esta forte influência do Direito romano no funcionamento da jurisdição da *equity*, em meados do século XVI, quase ocasionou a reunião do Direito inglês à família do direito continental europeu de tradição romano-germânica, o que representaria o triunfo da jurisdição do chanceler pela decadência do *common Law*.²¹⁹

A vitória da *equity* foi barrada pela aliança do Parlamento com os Tribunais Reais na defesa do *common law*, que representava uma resistência ao absolutismo real da jurisdição do chanceler.²²⁰ Após intensa batalha entre os sistemas, é firmado compromisso de coexistência pacífica entre os dois sistemas, a partir do início do século XVII, instalando uma estrutura dualista, na qual o direito comum era obra dos Tribunais Reais de Westminster, enquanto existia a aplicação da jurisdição de equidade pelo Tribunal de Chancelaria até 1875.²²¹

O período moderno do Direito inglês inicia-se a partir de 1832 quando se iniciam várias reformas revolucionárias no direito processual, libertando os juristas ingleses do formalismo excessivo para dar maior atenção às questões de direito substantivo.²²² A organização judiciária foi modificada para extinguir a dualidade entre os Tribunais Reais e os

²¹⁶ DAVID, 1996, p. 295.

²¹⁷ DAVID, *loc. cit.*

²¹⁸ *Ibidem*, p. 296.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 297.

²²⁰ *Ibidem*, p. 299.

²²¹ DAVID, *loc. cit.*

²²² *Ibidem*, p. 301.

de Chancelaria, possibilitando a aplicação tanto do *common law* como da *equity* por todos os tribunais indistintamente. Por outro lado, realiza-se notável ordenação do direito substantivo com a ab-rogação de normas em desuso e a consolidação e sistematização de outras. Neste período do século XIX, há grande desenvolvimento da lei escrita, sem, no entanto, ocasionar a perda da identidade tradicional do direito inglês, visto que tal legislação em nada se assemelhava às codificações do sistema francês.²²³ Sobre estas mudanças, é decisiva a lição de Ramires²²⁴:

Uma *common law* pura, entendida como *judge-made law*, entretanto, só existiu realmente na Inglaterra vitoriana. Após a Revolução Industrial, a Inglaterra passou a receber várias leis escritas, sendo que hoje, em razão da União Européia, vige na ilha um extenso direito escrito elaborado por legisladores supranacionais.

Portanto, mesmo que ainda subsista até os dias atuais a doutrina do *stare decisis*, que determina a força obrigatória dos precedentes e uma estrutura jurídica em muito baseada no desenvolvimento judicial da norma, o Direito inglês encontra-se em um momento histórico de grande diferenciação do sistema clássico, vigente principalmente durante o período que vai da metade do século XI até o fim do século XIX.

A noção de um Poder Judiciário constituído como um poder estatal nos parece uma ideia elementar, mas é um dos pontos que diferencia a tradição inglesa da francesa, que não tem tal delimitação forte. Sobre os fatores que levaram a essa estruturação, é válida a lição de David²²⁵:

A manutenção dessa concepção de um poder judiciário verdadeiro foi favorecida, na Inglaterra, por diferentes fatores. Limitar-nos-emos a assinalar os dois principais. Um deles é o reduzido número de juízes das Cortes Superiores; o segundo é o alto prestígio desses juízes, decorrente das condições em que são recrutados. O poder judiciário é, como veremos, concentrado em Londres, nas mãos de um número limitadíssimo de juízes. Estes, por outro lado, sempre foram escolhidos, na Inglaterra, entre os advogados de renome, e a nomeação a uma função judiciária na Corte superior sempre foi considerada como o sinal de um fulgurante êxito e como a coroação de uma carreira bem sucedida da advocacia. Essas duas circunstâncias fazem com que sejam juízes personalidades carismáticas, o que, decerto, contribuiu consideravelmente para consolidar na Inglaterra o conceito de poder judiciário.

Assim, a Inglaterra tem em sua base estrutural judiciária amparada em princípios bem diferentes dos que são aceitos na estrutura de países da tradição jurídica continental, como a França, tendo por distinção fundamental duas espécies diversas de tribunais: Cortes superiores e Cortes inferiores.²²⁶

²²³DAVID, 1996, p. 301.

²²⁴RAMIRES, 2010, p. 64.

²²⁵DAVID, 2006, p. 19.

²²⁶*Ibidem*, p. 17.

As Cortes inferiores têm como função única a resolução de litígios, enquanto as Cortes superiores cumulam a função jurisdicional propriamente dita com a função de criar e determinar o direito, além de funcionarem como órgãos representativos do Poder Judiciário da Inglaterra.²²⁷

Em regra, existe apenas uma Corte superior – se não levarmos em conta a Câmara dos Lordes, por ser um caso particular – denominada *Supreme Court of Judicature*, que apesar de ser uma só, comporta várias divisões, inclusive de instância.²²⁸

Em primeiro grau de instância temos, na seara cível, a *High Court of Justice*, que comporta três planos: o Banco da Rainha (*Queen's Bench*), a Chancelaria (*Chancery*) e a divisão de direito de família. Na seara criminal, fica o Tribunal da Coroa (*Crown Court*), criada em 1971, para lidar com infrações penais de natureza grave. No segundo grau, temos o Tribunal de Recurso, denominado de *Court of Appel*.²²⁹

As Cortes inferiores são possuidoras de casos em número menor e com complexidade inferior, havendo recurso para as Cortes superiores. Entre elas, estão a Corte dos Magistrados (*Magistrates Courts*), que envolve pequenos delitos e algumas questões de família e as cortes dos condados (*County Courts*), que são responsáveis pela maioria das pequenas causas cíveis.²³⁰

Diante do que expomos neste tópico, é possível observar que a relação de construção do *common law* como conjunto normativo se deu no desenvolvimento de uma prática jurídica desenvolvida por séculos, sendo naturalizada em seu meio a noção do dever de seguir precedentes, mesmo ainda sem a construção da doutrina do *stare decisis*, que veio surgir em período mais avançado. Ocorre-nos, também, como relevante observar que durante o período de alguns séculos, o respeito aos precedentes se mostrou excessivo, trazendo um congelamento do ordenamento e um descompasso com as relações sociais, principalmente na época em que a corte mais alta do país não entendia poder rever suas próprias decisões. Por último, cabe ressaltar que atualmente o Direito Inglês convive com uma pluralidade de fontes, inclusive de origem supranacional da União Europeia, que demanda reconhecer que o *common law* em sua concepção clássica foi extremamente alterado, mas que deixa a importante herança de consideração aos precedentes e da argumentação jurídica amparada no chamado *case law*.

²²⁷ DAVID, 2006, p. 17

²²⁸ *Ibidem*, p. 20

²²⁹ *Ibidem*, p. 21.

²³⁰ *Ibidem*, p. 22.

3.1.2 O Direito norte-americano

O sistema jurídico dos Estados Unidos da América, a exemplo do sistema inglês, utiliza-se da tradição jurídica do *common law*, pautada no direito jurisprudencial, o qual se denomina de *case law*, pelo que, para entender melhor esse sistema, é necessário pesquisar suas origens. Sobre o sistema norte-americano, dispõe a professora Toni Fine:²³¹

O sistema jurídico norte-americano distingue-se pela primazia de uma dessas fontes – ou seja, o *case law* (precedente). Sob determinadas circunstâncias, o *case law* é obrigatório, de acordo com os princípios do *stare decisis*, uma política segundo a qual decisões judiciais são seguidas em casos subsequentes que envolvam a mesma questão jurídica e fatos materiais similares.

No início do século XVII, a parte oriental dos Estados Unidos era colonizada principalmente, mas não unicamente, pela Inglaterra, mas também por outros países europeus a exemplo da Holanda (na região de Nova York), da Suécia (em Nova Jersey), e a França (nas regiões da Pensilvânia e Nova Orleans). Somente após 1660, é empreendida forte campanha inglesa para expulsão da dominação dos outros países europeus e estabilização nas famosas treze colônias.²³²

O direito aplicável nas colônias inglesas do início do século XVII era supostamente o *common law* como se depreende do *Calvin's Case* de 1608, em que fica decidido que o colono inglês leva consigo o Direito britânico em lugar onde não acha sistema jurídico que considerem civilizado. Contudo, ressalva-se que o Direito inglês seria aplicável naquilo que fosse possível e compatível com as condições do território ocupado.²³³

Os tribunais locais aplicavam um sistema judicial simplificado do que os colonos conheciam do Direito inglês, pautado na informalidade e em testemunhos orais e árbitros da comunidade. No entanto, esse sistema deixava muito a desejar em decorrência da quase inexistência de juristas nas colônias com conhecimentos relevantes do sistema judicial inglês e possibilidade de adaptá-los à realidade do novo mundo, o que torna a prática efetiva do *common law* impossível.²³⁴

O Direito inglês era pautado na lógica e nas necessidades de uma sociedade eminentemente medieval e, assim, completamente diferente da sociedade e instituições das colônias.²³⁵ Ocorre, em tal contexto, o surgimento de novos problemas para os quais a

²³¹ FINE, 2011, p. 1.

²³² HARZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michelle. **American Civil Procedure: an introduction**. Yale: Yale University Press, 1993, p. 1.

²³³ DAVID, 1996, p. 359.

²³⁴ HARZARD JR.; TARUFFO, *op. cit.*, p. 1.

²³⁵ DAVID, *op. cit.*, p. 359.

common law não possuía respostas satisfatórias. Aliado à insuficiência sistemática aqui apontada, existia a insatisfação dos próprios colonos com o sistema inglês, visto que muitos tinham sido perseguidos por esse em sua terra natal, o que os levou às colônias.²³⁶ Portanto, inexistia nesses indivíduos a visão do *common law* como uma conquista de seus direitos e liberdades individuais em uma lógica tradicional, que consistia no sustentáculo próprio da ordem jurídica inglesa.²³⁷

É assim que, na prática, não havia real vigência do Direito inglês nas colônias durante o século XVII, mas a aplicação de um direito bastante primitivo, algumas vezes com forte caráter religioso e tomando por base interpretações da Bíblia, além de um poder arbitrário dos magistrados.²³⁸

O governo britânico permanecia, em geral, indiferente quanto ao sistema judicial praticado nas colônias, que representava, em sua maioria, litígios privados. No entanto, à Coroa interessava as questões jurídicas envolvendo a autoridade dos governadores reais das colônias.²³⁹ Tais questões eram submetidas para revisão do Conselho Privado Inglês em um procedimento similar ao utilizado atualmente para revisão de julgamentos pela Suprema Corte dos Estados Unidos.²⁴⁰

Em reação ao direito arbitrário e primitivo que estava sendo praticado, inicia-se um processo de “codificação” em diversas colônias, que em nada se assemelhava à codificação moderna, sendo redigidos vários códigos sumários, iniciando com o Código de Massachusetts de 1634 até o da Pensilvânia em 1682. Essa opção pela lei escrita demonstra que os colonos não coadunaram com o ideal inglês de sistema jurídico e buscaram sua própria orientação, se distanciando das tradições da metrópole.²⁴¹

O século XVIII traz uma virada no caminho que estava sendo seguido nas colônias. A melhoria da condição de vida dos colonos e as transformações na economia são aliadas a uma mudança de concepção, que passa a sentir a necessidade de um sistema mais evoluído do que o então praticado.²⁴² O *common law* passa, para os colonos, a adquirir outro significado, o qual seja a proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real, além de

²³⁶ DAVID, 1996, p. 359

²³⁷ *Ibidem*, p. 360.

²³⁸ DAVID, *loc. cit.*

²³⁹ DAVID, *loc. cit.*

²⁴⁰ HARZARD JR.; TARUFFO, 1993, p. 2.

²⁴¹ DAVID, *op. cit.*, p. 360.

²⁴² *Ibidem*, p. 361.

um elo com suas origens inglesas na nova terra, que era ameaçada pelos ideais franceses advindos da Louisiana e da parte francesa do Canadá.²⁴³

Obviamente, as dificuldades de aplicação, em especial a quase inexistência de advogados e magistrados versados no Direito inglês, faziam com que ainda existissem muitas dúvidas em que medida seria aplicada a *common law*. Várias manifestações são feitas em favor da aplicação da lei inglesa e tribunais americanos manifestam a intenção de aplicá-las, culminando com a impressão e divulgação de obras jurídicas inglesas essenciais, como os Comentários sobre o *common law* de Blackstone em 1772.²⁴⁴

A guerra de independência e sua quebra com a Inglaterra e aproximação da França fazem reviver o ideal republicano e o sentimento do direito natural, que guiam por uma solução de codificação do direito no melhor estilo napoleônico, o que é seguido pelo território de Nova Orleans ao promulgar seu Código Civil em 1808.²⁴⁵

Neste ponto da história, logo antes e após a revolução, a situação geral das colônias é bem diferente devido ao grande crescimento econômico e populacional, pois já existiam muitos advogados, juízes e oficiais ingleses com formação jurídica na tradição do *common law*, o que significava a superação de muitos dos entraves anteriormente apontados.²⁴⁶

Esse embate tem fim no século XIX, com o triunfo do *common law*, ocasionado por diversos fatores que iam da simples tradição, visto que os colonos e grande parte da população eram de origem inglesa, até a maior profusão de obras jurídicas de importância sobre o Direito inglês, como também o seu estudo nas faculdades de direito por todo o país, principalmente após a Guerra da Secessão.²⁴⁷

No entanto, o forte embate ocorrido entre *common law* e *civil law* durante um século e meio geraram frutos no Direito norte-americano, que mesmo estando dentro da família inglesa em razão da conservação dos principais conceitos, estruturas de raciocínio jurídico e teoria das fontes, a influência francesa traz caracteres únicos a esse sistema que se diferencia e adquire originalidade em relação ao direito comum praticado na Inglaterra.²⁴⁸

Mesmo que o sistema americano só tenha acolhido com obrigatoriedade as normas inglesas que vigiam até a independência declarada em 1776, o respeito por parte dos juristas norte-americanos pelo sistema inglês fez com que ambos tivessem uma evolução

²⁴³DAVID, 1996, p. 361

²⁴⁴*Ibidem*, p. 362.

²⁴⁵DAVID, *loc. cit.*

²⁴⁶HARZARD JR.; TARUFFO, 1993, p. 3.

²⁴⁷DAVID, *op. cit.*, p. 362.

²⁴⁸DAVID, *loc. cit.*

paralela. Desse modo, reformas feitas no sistema britânico acabavam por ter equivalentes americanos, a exemplo da grande desburocratização procedimental, do fim da dualidade de jurisdição entre direito comum e *equity*, além de muitas evoluções instrumentais para utilização do direito, não mais apenas para resolução de litígios, mas como ferramenta administrativa²⁴⁹

O maior diferencial do Direito norte-americano em relação à origem inglesa será o seu sistema constitucional, em que vigorava uma Constituição escrita a qual se outorga uma supremacia e a possibilidade de controle da constitucionalidade das demais normas do ordenamento jurídico. Tais características eram estranhas ao constitucionalismo inglês, que via a Carta Magna, essencialmente, como instrumento jurídico através do qual se passava a titularidade da soberania do rei para o povo.²⁵⁰

Sobre essas diferenças, em uma perspectiva mais ligada à *stare decisis* e seu funcionamento, podemos citar as lições de Lopes Filho²⁵¹:

Do outro lado do Atlântico, o assunto é considerando em tom até mais ameno se comparado ao Reino Unido. Conforme escrevem Rupert Cross e J.W. Harris, apesar de o sistema dos EUA ser próximo do inglês, a Suprema Corte e as cortes de apelação dos diferentes estados não se consideram absolutamente constrangidos por decisões já tomadas. São muitos os exemplos em que se reformam os próprios entendimentos, o que denota mitigada força horizontal. Na dimensão vertical, não é raro o recurso pródigo ao *distinguish* e mesmo o desafio ao julgado superior. Um motivo comum para a revogação de um precedente é justamente sua reiterada rejeição e desafio por outros tribunais, mesmo inferiores.

A mesma visão é sustentada por Neil Duxbury²⁵², considerando a maior abertura para os magistrados de instâncias iniciais divergirem de um precedente nos Estados Unidos do que no sistema inglês:

A precedent may be a guide to action, but decision-makers do not always accept the guidance. Moreover, expectations that decision-makers will accept the guidance tend to vary from one adjudicative system to the next. Such variance is obvious even among the common-law jurisdiction: traditionally, for example, lower court judges in the United States have, for a variety of reason, be far more willing than have their English counterparts not to follow a precedent, even when it is not within their power to overrule it.²⁵³

²⁴⁹DAVID, 1996, p. 364.

²⁵⁰MELLO, 2008, p. 36.

²⁵¹LOPES FILHO, 2016, p. 115.

²⁵²DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 111.

²⁵³Um precedente pode ser uma orientação para a ação, mas os tomadores de decisão nem sempre aceitam serem guiados. Além disso, a expectativa de que os tomadores de decisão aceitarão a orientação tende a variar de um sistema jurídico para outro. Esta variação é óbvia mesmo na jurisdição do *common law*: tradicionalmente, por exemplo, os juízes das cortes mais baixas nos Estados Unidos, por uma série de razões, decidiram muito mais do que seus colegas ingleses não seguir um precedente, mesmo quando não estava em seu poder desobedecê-lo (Tradução nossa).

Todos esses fatores de diferenciação do Direito americano para o inglês, em decorrência da adaptação à realidade diversa, são bem apontados por Sesma²⁵⁴:

Em primeiro lugar, a fundamentação do direito do *common law* (isto é, que o Direito está baseado na autoridade não escrita do costume) é rejeitada nos EUA, onde está claro que a Constituição é a fonte fundamental e superior do sistema jurídico dos EUA. [...]. Além disso, a Constituição americana prevalece sobre qualquer lei, enquanto que na Inglaterra o poder do Parlamento é ilimitado. Isto tem levado a que (devido à freqüente necessidade de interpretação dos preceitos constitucionais) os juízes dos EUA tenham enfrentado muito mais que os ingleses problemas de política pública (*public policy*), em particular no conflito entre direitos inalienáveis (*vested rights*) e política do estado social (*social state policy*).

Em segundo lugar, os EUA (diferentemente da Inglaterra) têm uma estrutura federal em que há dois sistemas de tribunais: estaduais e federais. Aqui não somente existem jurisdições próprias em cada Estado, como também há uma multiplicidade de jurisdições federais ao longo de todo o território dos EUA e não somente na Capital Federal. A dispersão da organização judicial nos EUA acarreta problemas que não se apresentam na Inglaterra, e se tende a adotar atitudes mais flexíveis a respeito da autoridade das decisões judiciais.

Em terceiro lugar, a necessidade de uma sistematização do direito se sentiu antes e mais urgente nos EUA que na Inglaterra, devido à quantidade de material jurídico, que é tanta, que se tornou praticamente inviável administrá-la.

É assim que a influência do Direito francês, aliada ao contexto diferenciado existente no continente americano, que acabou por restaurar o constitucionalismo em sua forma moderna e o controle supremo da lei maior sobre o sistema, tornando a experiência norte-americana diferenciada.

Importante destacar que o *common law* e os precedentes são mais aplicáveis e importantes na formação do direito norte-americano em alguns ramos do direito, que de forma geral estão mais ligados às práticas sociais privadas e dinâmicas, a exemplo dos contratos, responsabilidade civil, direito das coisas e direito sucessório e só posteriormente estendendo sua aplicação às decisões que representavam interpretações de leis escritas e das constituições federal e estaduais. Sobre o tema, expõe Robert S. Summers²⁵⁵:

Stare decisis, the principle that courts are to follow similar previous judicial decisions when deciding legal questions, has been a part of the American legal experience since before the time of the American Revolution in the late eighteenth century. Early American courts relied heavily on precedents derived from English common law, especially in decisions affecting traditional common law áreas such as contracts, tort, property, and wills and trusts. American Courts soon extended the principle of stare decisis by following precedents interpreting statutes. After the federal and state constitutions were adopted, the federal and state courts began following precedente interpreting constitutions, too.²⁵⁶

²⁵⁴ SESMA, 1995 *apud* SOUZA, 2011, p. 89.

²⁵⁵ SUMMERS, Robert S. Precedents in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355.

²⁵⁶ *Stare decisis*, o princípio de que cortes devem seguir decisões judiciais anteriores de casos similares quando decidirem questões de direito, faz parte da experiência jurídica norte-americana desde tempos anteriores à

Desse modo, é possível afirmar que o papel dos precedentes em determinado caso variará, conforme a matéria de fundo e as fontes de direito relevantes para o caso. Por exemplo, nas áreas tradicionalmente pertencentes ao *common law* (contratos, responsabilidade civil, direito das coisas e direito sucessório) os precedentes servirão de fonte primária para resolução dos casos. No entanto, a existência de legislação pertinente à resolução do caso determinará que a lei escrita seja o parâmetro decisório primário, sendo o precedente o parâmetro secundário de decisão, preservada a força vinculante do precedente que interpreta leis escritas para os casos futuros.²⁵⁷

Vale ressaltar, também, que o papel da doutrina e das considerações de caráter político e principiológico, além de considerações acerca do impacto da decisão no ordenamento jurídico e na sociedade, serão o parâmetro principal das decisões das cortes norte-americanas em se tratando de casos em que se verifica a ausência de precedentes e de legislação aplicável, chamados casos de primeira impressão (*cases of first impression*), contribuindo para suprir a lacuna no ordenamento com a formação de precedentes que passarão a regular casos similares.²⁵⁸

Em decorrência dessa ausência de parâmetros claros anteriores que garantam a juridicidade da decisão, as cortes norte-americanas costumam adotar o pensamento de que mesmo que pareça tentador oferecer uma resposta jurídica positiva ao cidadão em sofrimento que busca o auxílio do Judiciário, não se pode conceber que o direito seja a resposta para tudo, visto que estabelecer uma decisão favorável ao demandante em um caso de primeira impressão representa a inclusão dessa hipótese jurídica, antes inexistente, no âmbito do direito comum daquela sociedade, o que deve ser tomado com grande consideração e cautela.²⁵⁹

Esse cuidado observado por parte dos magistrados nos chamados casos de primeira impressão também se reverte para os casos em que a corte decidirá pela manutenção de um precedente anterior ou por sua superação. Tal ocorre porque a concepção do *judge-made law* não se confunde com um poder de legislar, mas um respeito e um seguimento de tradições consolidadas que representam práticas consolidadas através do tempo. É por isso que, comumente, as cortes sofrem críticas da sociedade quando superam um precedente

Revolução Americana no fim do século XVIII. As primeiras cortes norte-americanas buscavam fundamento nos precedentes provenientes do *common law* inglês, especialmente em se tratando de matérias tradicionalmente ligadas ao *common law* como contratos, responsabilidade civil, propriedade, testamentos e sucessões. As cortes norte-americanas logo estenderam o princípio do *stare decisis* ao seguir precedentes acerca da interpretação de códigos e leis escritas. Após a adoção da Constituição Federal e constituições estaduais, as cortes começaram a seguir precedentes no referente à interpretação das constituições (Tradução nossa).

²⁵⁷SUMMERS, 1997, p. 365

²⁵⁸*Ibidem*, p. 366.

²⁵⁹ SUMMERS, *loc.cit.*

antigo já consolidado no seio social por ser considerado um golpe na estabilidade das relações sociais e uma usurpação das funções primárias do Poder Legislativo.²⁶⁰

Uma das características principais da configuração política dos Estados Unidos é, com certeza, a sua forma federativa de Estado, de origem centrípeta, ou seja, foi da independência completa dos estados para a unificação sob a forma federada, tendo como consequência uma grande liberdade para os estados federados na elaboração das suas leis. No pertinente à organização judiciária, terá como consequência a dualidade entre a jurisdição federal e a estadual, mais familiar ao contexto nacional, por ocorrer no Brasil. Assim versa a Constituição norte-americana²⁶¹ em seu artigo III:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinação do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão os seus cargos enquanto bem servirem e perceberão pelos seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a sua permanência no cargo.

O mandamento constitucional de instituição do Judiciário Federal foi obedecido pelo Congresso e, já em 1789, foi editada a lei que criava o sistema de tribunais inferiores, que consistia de uma corte distrital (*district court*) em cada estado, além das Cortes de circuito (*circuit courts*), que tinham competência para as causas mais complexas.²⁶² Através dos tempos, as cortes distritais foram sendo divididas nos estados mais populosos e as Cortes de circuito transformaram-se em cortes de apelação dos mais variados gêneros. Assim, chegando à configuração atual, temos um sistema piramidal com a Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*) no ápice, seguida das cortes de apelação (*U.S. courts of appeals*) no nível intermediário e, na base, as cortes distritais (*U.S. district courts*).²⁶³

O sistema federal tem processos iniciados, na maioria dos casos, no primeiro grau de jurisdição, ou seja, nas cortes distritais. Alguns estados mais populosos, a exemplo de Nova Iorque, podem chegar a ter quatro ou mais cortes, enquanto pequenos estados, como Nova Jersey, possui apenas um.²⁶⁴ Já as cortes de apelação são divididas em circuitos, ou regiões, podendo incluir vários estados ou apenas um. A competência, prevista pela Constituição norte-americana, para o sistema federal, será de julgar controvérsias envolvendo:

1. A aplicação de leis federais, incluindo a Constituição, estatutos e tratados;
2. Os Estados Unidos como uma das partes;
3. Litigantes de estados diferentes da federação;

²⁶⁰SUMMERS, 1997, p. 394.

²⁶¹ Constituição dos Estados Unidos da América *apud* FINE, 2011, p. 141.

²⁶² HARZARD JR.; TARUFFO, 1993, p. 43.

²⁶³ HARZARD JR.; TARUFFO, *loc. cit.*

²⁶⁴*Ibidem*, p. 44.

4. Litígios acerca do comércio marítimo (*Admiralty cases*);
5. Cidadãos e Estados estrangeiros.²⁶⁵

A Suprema Corte funciona como instância recursal das cortes de apelação ou de cortes estaduais envolvendo matéria federal. A corte recebe milhares de recursos anualmente, que são denominados de *petitions for certiorari* em que o peticionante descreve a controvérsia legal e pede que a Corte a receba e julgue. A Corte reúne-se semanalmente para as *certiorari conferences* na quais escolhem, de acordo com a opção dos magistrados e sem necessidade de fundamentação externa, cerca de 120 a 150 casos para serem julgados anualmente.²⁶⁶

A estrutura dos sistemas estaduais é variável de acordo com cada um dos estados, mas guardam grande similaridade com a estrutura apresentada no sistema federal, envolvendo tribunais de primeiro grau, cortes de apelação e uma suprema corte estadual.²⁶⁷

3.2. O precedente e sua sistemática no *common law*

Feitos os devidos apontamentos acerca das origens históricas do *common law* tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, agora o enfoque será o estudo do precedente propriamente dito e seu funcionamento dentro dos sistemas judiciais apresentados anteriormente.

A sistemática de construção do Direito na tradição inglesa é bem diversa daquela que nos é presente no *civil law*, visto que não se trabalha com o substrato básico do texto legislativo escrito, do qual se devem retirar fatos e consequências jurídicas, determinando sua aplicação aos casos, servindo a jurisprudência e doutrina como guias para conclusão da tarefa.

O *common law* demanda a análise da jurisprudência como forma principal para descoberta da norma jurídica e aplicação aos casos subsequentes. Portanto, a norma só surgirá realmente quando, analisando-se outro caso semelhante, haverá a interpretação da decisão judicial anterior para conhecer seus limites.²⁶⁸

É assim que consideramos interessante explorar alguns pontos sobre como é feito o estudo de caso e como funciona a mente dos juristas que trabalham com o sistema anglo-saxão ao discutir judicialmente a incidência ou não de um precedente, no intuito de construir um esboço mais palpável deste sistema jurídico tão diferente do qual estamos acostumados enquanto juristas praticantes do *civil law*.

²⁶⁵ HARZARD JR.; TARUFFO, 1993, p. 44.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 49.

²⁶⁸ FINE, 2011, p. 67-83.

Assim, é que a lição de Fine²⁶⁹ elenca os fatores principais a serem analisados durante o estudo de caso:

1. Informações básicas sobre o caso;
2. Fatos materiais;
3. Histórico processual/ situação processual;
4. Questões legais;
5. *Holding*;
6. *Rationale*.

As informações básicas são as primeiras características observadas do julgado em sua localização temporal e hierárquica. Neste ponto, leva-se em conta a jurisdição e a hierarquia da corte que proferiu o julgado analisado, como também, a data do julgamento, que pode ter várias consequências interpretativas e de peso na futura eficácia obrigatória que se busca.²⁷⁰

Os fatos materiais aqui mencionados são apenas aqueles que, constantes do julgado, são considerados essenciais para a decisão da corte, ou seja, realizam o delineamento do substrato fático que está a ser regulado pela decisão judicial. Essa análise é essencial, visto que muitas controvérsias restam sobre a identidade material dos casos, o que atrairia a mesma resposta do precedente e, por outro lado, a distinção de fatos que afastaria a incidência da solução prevista no julgado antecedente.²⁷¹

O histórico e a situação processual referem-se aos procedimentos utilizados que tiveram por consequência a decisão sob análise. Entre os pontos observados estão o tipo da ação, a identidade das partes, arcabouço probatório produzido, se há pendência de recurso, se a decisão foi tomada em julgamento sumário, dentre outros. As questões processuais vão ser vitais para definir o alcance e força do precedente para a aplicação futura.²⁷²

A autora denomina de questões legais a lide e seus contornos como postos em juízo, que não se confunde com o substrato fático, sendo importante identificar as questões legais para entender o que realmente foi pedido pela parte, por respeito ao princípio da congruência, o que gerará reflexos na identificação da parte obrigatória do precedente.²⁷³

O *holding* é exatamente a resolução, a resposta dada pela corte à lide posta em juízo para sua apreciação, trata-se do núcleo jurídico da decisão judicial, o centro do

²⁶⁹ FINE, 2011, p. 71.

²⁷⁰ FINE, *loc. cit.*

²⁷¹ FINE, *loc. cit.*

²⁷² FINE, *loc. cit.*

²⁷³ *Ibidem* , p. 75.

dispositivo de uma sentença. É o elemento mais importante para ser identificado, visto que é sobre ele que incidirá a força obrigatória da doutrina do *stare decisis*.²⁷⁴

A *rationale* é a fundamentação dada pela corte para adotar o *holding* específico para a questão legal posta em juízo. É aqui que ela elencará eventuais leis positivas, precedentes e motivos gerais para a adoção da solução apontada para a lide.²⁷⁵

É a análise detida da combinação de todos esses elementos que fará o intérprete determinar o alcance e a força do precedente em estudo para então poder, por via da analogia e a da distinção, determinar sua aplicação em casos futuros.²⁷⁶

3.2.1 Fundamentos do *stare decisis*

A característica principal que diferencia o sistema do *common law* reside na fonte jurídica primária, visto que o direito comum é desenvolvido pelos juízes e vinculado à doutrina do precedente, segundo a qual “os juízes utilizam princípios legais estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes”.²⁷⁷

A tradição de seguir utilizando as decisões prévias para regular casos futuros é definida pela expressão latina *stare decisis*, que é uma versão curta do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, a qual pode ser traduzida por “manter as decisões como estão e não alterar questões já definidas”.²⁷⁸

Atualmente, o *stare decisis* é uma característica essencial do sistema inglês. No entanto, não podem ser considerados como sinônimos, visto que a doutrina dos precedentes obrigatórios é bem mais recente que o direito comum. Apenas no século XVI, com o surgimento da impressão e a organização hierárquica das cortes, tem-se o início da tradição de seguir os precedentes. Mas é apenas em 1898, no caso *London Tramways Co v. London County Council*, que será realmente declarada por uma corte de direito a eficácia obrigatória (*binding force*) dos precedentes.²⁷⁹

O *stare decisis* pode ser traduzido como a obrigatoriedade de observância dos precedentes tanto em uma perspectiva vertical, ou seja, a submissão da corte inferior ao

²⁷⁴ FINE, 2011, p. 75

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 78.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 80.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 67

²⁷⁸ FINE, *loc. cit.*

²⁷⁹ HONDIUS, Ewond. Precedent and the Law. **Electronic Journal of Comparative Law**, Holanda, ano 3, vol. 11, p. 1-18, dez. 2007. Disponível em: <www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>. Acesso em: 20 jul.2013, p. 7.

julgado precedente da corte superior, quanto ao precedente horizontal, que envolve a manutenção dos precedentes pela própria corte.²⁸⁰

3.2.1.1 O *stare decisis* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana

Para Colin Starger, o *stare decisis* opera simultaneamente doutrina e meta-doutrina. Seria doutrina porque funciona como presunção de aplicabilidade geral em favor da aderência do precedente, funcionando como um argumento permanente contra o *overruling*, independentemente do peso do precedente e do contexto do caso concreto. Por outro lado, reveste do caráter de meta-doutrina propriamente dita quando um tribunal considera superar um precedente, sendo verificado o peso vinculante daquele precedente em específico e invocados fatores e testes constante de um precedente próprio que indica os parâmetros de quando se mostra cabível a superação. Ou seja, há precedentes acerca de quando se deve ou não seguir ou superar precedentes. Assim, os “precedentes sobre precedentes” são a doutrina do *stare decisis* conforme o entendimento da corte.²⁸¹

Um dos juízes da Suprema Corte norte-americana, *Justice* Brandeis, empreendeu, no início do século XX, um estudo empírico da jurisprudência da Suprema Corte, buscando revelar os parâmetros práticos seguidos pela corte quando da decisão de superar precedentes. Tal estudo culminaria no julgamento de *Burnet v. Conronado Oil* (1932), que se tornou um dos primeiros precedentes sobre precedentes a se consolidar acerca da visão sobre o peso do *stare decisis* e as razões válidas para a superação de um precedente.²⁸²

É possível afirmar que, analisando a jurisprudência norte-americana, o *stare decisis* é normalmente a medida mais razoável, pois na maioria dos casos é mais importante a estabilidade do decidido anteriormente (*settle the rule of law*) do que garantir a justiça do caso específico (o sistema acima do individual), pois a questão pode ser corrigida por lei se o legislador entender pela impossibilidade da continuidade da injustiça. A importância do *stare decisis* estaria na garantia da jurisdição e que a correção de rumos estaria a cargo do legislativo.²⁸³

Desta forma, passa-se a identificar duas visões sobre o *stare decisis*, uma visão fraca (*weak view*) e uma visão forte (*strong view*), na tradição norte americana, cujas origens

²⁸⁰ FINE, 2011, p. 67.

²⁸¹ STARGER, Colin. The dialectic of *Stare Decisis* doctrine. In PETERS, Christopher J.(editor). **Precedent in the United States Supreme Court**. Baltimore: Springer, 2013, p. 19-20.

²⁸² *Ibidem.*, p. 25.

²⁸³ STARGER, 2013, p. 27

remontam de forma comum ao voto do *Justice Brandeis* em *Burnet v. Conronado Oil* (1932), já mencionado acima, e que analisada a jurisprudência da Corte Suprema de 1860 a 2010, pode-se afirmar, revezaram em preferência dos juízes, conforme a composição do tribunal e conforme a visão política dos magistrados sobre o caso em exame.²⁸⁴

Para a chamada *weak view* os fatores a se considerar quando da opção por aderir ao *stare decisis* seriam: 1) antiguidade do precedente; 2) a relevância social dos interesses em litígio; 3) a qualidade das razões de decidir do precedente. Ou seja, tal visão admite que o precedente pode ser questionado em seu mérito e avaliada a qualidade de suas razões, sendo possível, portanto, a superação por discordância material (*overruling for bad reasoning*).²⁸⁵

Por outro lado, a *strong view* tende a evitar que a mera discordância material do precedente seja razão suficiente para sua superação, necessitando de justificativa que vá para além das preferências e concepções pessoais do juízo posterior, portanto, além da mera concepção de que o caso anterior foi decidido incorretamente. Para essa concepção dos precedentes, o *overruling* seria uma situação de total exceção, que só seria possível diante de condições específicas e demandando fundamentação especial (*special justification*), cuja concepção surge com a *Justice O'Connor* no caso *Rumsey* (1984) e seria desenvolvida oito anos depois no caso *Payne* pelo *Justice Marshall*. Assim, para essa posição, apenas mudanças muito relevantes nos fatos sociais ou no Direito poderiam se apresentar como desafios à autoridade do precedente e servirem como a justificativa especial para a superação de um precedente, quando devidamente demonstradas.²⁸⁶

Afirma-se que tais visões bastante opostas do peso do *stare decisis* e do que é necessário para a superação de um precedente são dissonantes até os dias atuais e desde o caso *Payne* (1992), quando se consolidou a visão forte. Podemos dizer que há uma dialeticidade entre as duas visões, que varia conforme alterações na composição da corte e na concepção política dos juízes acerca de determinados casos. Ou seja, um mesmo juiz passará de uma visão fraca para uma visão forte, e vice-versa, dependendo de sua opinião pessoal acerca do precedente e sua intenção em superá-lo ou não.²⁸⁷

Assim, Colin Stager²⁸⁸, após toda a análise empírica acerca da concepção de *stare decisis* na Suprema Corte norte-americana, conforme exposta acima, expõe as seguintes críticas e conclusões:

²⁸⁴STARGER, 2013, p. 31.

²⁸⁵*Ibidem*, p. 32.

²⁸⁶*Ibidem*, p. 37.

²⁸⁷*Ibidem*, p. 38-42.

²⁸⁸*Ibidem*, p. 44-45.

The widespread inconsistency of Justices towards the proper stare decisis test suggest that the Court's "precedente about precedente" itself has little precedential value. From one case to the next a single Justice may analyze overruling questions using different stare decisis tests. Whether the test advocated is weak or strong depends almost entirely on the result being justified. Strong stare decisis tests – disavowing inquiry into reasoning of a challenged precedente – appear almost exclusively in opinions urging adherence. On the flip side, weak tests that emphasize the force of reasoning in prior dissents only show up in opinions pushing for overruling.

(...)

In the final analysis, stare decisis doctrine is all about context. It is a way of arguing about context – a rhetorical mode for debating first-order Court doctrine. The competing opinions in the stare decisis dialectic effectively provide a list of ready-made arguments for and against overruling any given precedente. Justices frame their own particular cases for overruling or adhering to precedente by citing to earlier stare decisis discussions. These earlier discussions themselves cite back to even earlier opinions, and soon, in a chain, all the way back to Brandeis's dissent in *Coronado Oil*. Yet no opinion the chain can ever stand completely apart from the particular overruling debate that precipitated it.²⁸⁹

Podemos, a partir da análise acima, observar que a doutrina do *stare decisis* em seu último grau, quando se tratam de decisões das cortes superiores, contribui muito pouco para a efetiva estabilidade das decisões anteriores, sendo de fato determinante o pensamento particular e a posição política de cada magistrado acerca do caso sob exame, existindo críticas muito similares ao que fazemos aos outros institutos, que incorrem em práticas semelhantes em nossa própria Corte Suprema, consistindo, talvez, em problemas inerentes à jurisdição constitucional em qualquer ordenamento jurídico.

3.2.1.2. A tradição inglesa do stare decisis

Partindo para a tradição inglesa, a noção de precedente passa a ter dois significados muito semelhantes e complementares: 1) tratar decisões judiciais anteriores como revestidas de autoridade legal e que podem ter suas razões utilizadas como a vontade da lei

²⁸⁹ A inconsistência generalizada dos juízes em relação ao teste do stare decisis sugere que o próprio "precedente sobre o precedente" do Tribunal tem pouco valer enquanto precedente. De um caso para o outro, um mesmo juiz pode analisar as questões sobrepostas usando testes diversos de stare decisis. Se o visão defendida for fraco ou forte, dependerá, quase que inteiramente, do resultado que se busca justificar. Testes de *stare decisis* fortes - negando a investigação do mérito de um precedente contestado - aparecem quase exclusivamente em opiniões que exortam à adesão. Por outro lado, testes fracos que enfatizam a força do raciocínio em discordâncias anteriores só aparecem em opiniões que pressionam pela superação.

(...)

Em última análise, a doutrina *stare decisis* é toda sobre o contexto. É uma forma de argumentar sobre o contexto - um modo retórico de debater a doutrina de primeira ordem da Corte. As opiniões concorrentes no *stare decisis* dialético efetivamente fornecem uma lista de argumentos prontos a favor e contra a anulação de qualquer precedente. Os juízes estruturam seus próprios casos particulares para anular ou aderir ao precedente, citando as discussões anteriores sobre *stare decisis*. Essas discussões anteriores se referem a opiniões ainda mais antigas e, em uma corrente, até a dissensão de Justice Brandeis em *Coronado Oil*. No entanto, não há opinião posterior que que se afaste completamente da cadeia e do debate geral que a precipitou (Tradução nossa).

em casos subsequentes; 2) requer que os juízes tratem determinadas decisões, em especial aquelas advindas de cortes superiores, como tendo eficácia obrigatória para aplicação em casos análogos.²⁹⁰

No pertinente ao primeiro aspecto, os juristas ingleses debruçaram-se sobre esta tradição durante muito tempo no intuito de desvelar uma teoria da decisão judicial, que respondesse à pergunta de se o direito era criado pelo juiz na decisão ou se esse estava apenas a declarar normas já existentes.²⁹¹

Para os autores da corrente declaratória, o direito comum é composto dos costumes vigentes na sociedade, pelo que a decisão judicial não seria uma criação do magistrado, mas a explicitação dos costumes gerais e regras estabelecidas entre os ingleses. Para esses autores, o direito comum são os costumes praticados na sociedade e as decisões judiciais são o reflexo desses. Sobre essa perspectiva e sua incongruência com a realidade, apontam Cross e Harris²⁹²:

The idea that the *common law* consists of general customs is the declaratory theory in another guise. We have already seen that it died hard, and was not dead in Blackstone's Day. No doubt there was an element of truth in it at least during the early Middle Ages, for the *common law* was composed of the customs generally observed among Englishmen, hence the name 'common'. In a great many instances the judges must have had recourse to these customs of the existence and nature of which they were probably well aware; but all general customs must long since have been embodied in judicial decisions which are the only important sources of the modern *common law* as distinct from statute law.²⁹³

A corrente positivista critica duramente esta concepção declaratória, sendo seus maiores expositores Jeremy Bentham e John Austin, que pregaram ser uma grande ingenuidade crer na pré-existência “milagrosa”, “eterna” e “atemporal” do direito, visto que em verdade o juiz tem no *common law* um papel de autoridade criadora do direito, sendo esse produto de sua vontade.²⁹⁴

Para os positivistas, as regras são criadas pelos juízes nas suas decisões e a razão para ser seguida resta de sua própria autoridade para criar normas jurídicas, ficando

²⁹⁰ FINE, 2011, p.8.

²⁹¹ FINE, *loc. cit.*

²⁹² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 168.

²⁹³ A noção de que o *common law* é formado de costumes gerais é a Teoria Declaratória sob outro aspecto. Nós já vimos que ela morreu de fato, mas não estava morta nos tempos de Blackstone. Sem dúvida havia uma ponta de verdade nisto, pelo menos na Idade Média mais recente, porque o *common law* se compunha dos costumes geralmente observados entre os ingleses, daí o nome “common” (comum). Em muitas instâncias, os juízes podem ter recorrido a esses costumes frequentes na vida e na natureza sobre as quais eles provavelmente estiveram bem atentos; mas todos os costumes gerais certamente desde aquela época foram personificados em decisões judiciais que são as fontes verdadeiramente importantes da moderna *Common Law* como algo diferente do direito estatutário, escrito (Tradução nossa).

²⁹⁴ CROSS; HARRIS, *op. cit.*, p. 171.

determinado que as deliberações, posteriores sob o tema, devem respeito à regra exarada pelo órgão competente, que no caso significa a corte hierarquicamente superior.²⁹⁵

Mesmo com a corrente positivista desmascarando as falsas pretensões declaratórias, tal não significa que a ideia de que os magistrados realmente criam a norma jurídica por sua vontade foi bem aceita na comunidade jurídica, principalmente para os juízes que não queriam sua atividade encarada como pouco democrática. Assim, os conceitos sobre o tema ainda parecem obscuros na prática judiciária, aparecendo muitos retalhos que combinam elementos de ambas as teorias.²⁹⁶

Podem-se apontar algumas doutrinas jurídicas que foram essenciais para o desenvolvimento da noção de necessidade de respeito às decisões anteriores. A primeira delas se faz presente na clássica obra de Herbert L. Hart, *The Concept of Law*. A análise de Hart não trata diretamente do uso dos precedentes, mas de um princípio jurídico que exige o trato de casos semelhantes com solução idêntica.²⁹⁷

Para Hart, perpassa a ideia de justiça, a noção de que os indivíduos em convívio social estão sempre a assumir uma posição de relativa igualdade ou desigualdade em suas relações com o pressuposto respaldo jurídico. Assim, a Justiça teria como seu papel a manutenção ou restauração do equilíbrio ou proporção de igualdades e desigualdades, consistindo no seu preceito básico tratar casos semelhantes da mesma forma e os diferentes de forma diversa.²⁹⁸

A importância da concepção de Hart é vista como uma perspectiva positivista alternativa acerca da eficácia obrigatória dos precedentes, que trouxe ao magistrado o dever de aplicar os precedentes sem ter uma sanção diretamente vinculada à desobediência. Tal ideia vem pela existência dessa noção de justiça vinculada à reprodução das decisões, pela qual os magistrados sentem que seguir precedentes é a prática correta.²⁹⁹

Na doutrina de Dworkin, a resposta da questão sobre o controle de conformidade das decisões pode ser vista em dois pontos principais. O primeiro ponto consiste na noção de *chain of law*. Em seu artigo *Natural Law Revisited*, Dworkin faz uma releitura da utilização prática de perspectivas jusnaturalistas, focando-se, principalmente, na produção da decisão judicial, analisando de que modo as convicções morais do julgador sobre o caso em juízo

²⁹⁵ CROSS; HARRIS, 2004, p. 171.

²⁹⁶ DUXBURY, 2008, p. 17

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 20.

²⁹⁸ HART, Herbert L. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 159.

²⁹⁹ DUXBURY, *op. cit.*, p. 21.

influenciarão na decisão e no encadeamento lógico dessa em relação à produção jurisprudencial (e podemos adicionar doutrinária) anterior sobre o problema.³⁰⁰

Para explicar esta relação, Dworkin lança mão da analogia da construção da decisão judicial, ao associar essa com a elaboração de um romance literário escrito por diversos autores, no qual cada autor escreve um capítulo (“*chain novel*”, que poderia ser traduzido por “Romance em Cadeia”).³⁰¹

O novo autor receberá então os capítulos dos anteriores e será responsável por dar continuidade ao romance em cadeia de modo lógico e compatível com os capítulos precedentes, levando a sério sua tarefa na busca de produzir um bom romance, mas obviamente, enquanto obra sua, tentará fornecer, inevitavelmente, seus próprios rumos ao que está sendo construído com seu toque autoral.³⁰²

Durante o curso da produção do seu capítulo, principalmente daqueles mais à frente no texto, o escritor irá se deparar com escolhas que deverá fazer e que irão afetar profundamente o curso do conto. Por exemplo, se o vilão é mau por natureza ou se ele apenas foi corrompido pelos falsos valores de uma sociedade capitalista. Nas palavras de Dworkin³⁰³:

You aim, in accordance with your instructions, to make the continuing novel the Best novel it can be; but you must nevertheless choose an interpretation that makes the novel a single work of art. So you will have to respect the text you been given, and not choose an interpretation that you believe the text rules out.³⁰⁴

Então, Dworkin passa a analisar a decisão judicial com base no imperativo da interpretação, ou seja, ela está posta em uma cadeia que deve levar em conta e também representar um passo adiante na evolução dos conceitos e conclusões anteriores. A diferença entre o romance e a sentença será de que o primeiro busca uma evolução de estética literária, enquanto a segunda representará uma evolução política que fique mais próximo possível dos ideais e soluções esperados de um sistema jurídico justo.³⁰⁵

Outro ponto da doutrina de Dworkin é muito caro à formação ideológica da doutrina do precedente, qual seja a atribuição de uma força gravitacional ao precedente, que iria muito além da visão da decisão judicial antecedente como uma mera peça legislativa, funcionando como uma espécie de fragmento da história política a qual o magistrado deve

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Natural Law Revisited**. University of Florida Law Review. v. 34. n. 2. 1982, p. 167.

³⁰¹ DWORKIN, *loc. cit.*

³⁰² DWORKIN, *loc. cit.*

³⁰³ *Ibidem.*, p. 167.

³⁰⁴ De acordo com suas orientações, você visa continuar a novela, a melhor novela possível, mas você nunca deve escolher uma interpretação que transforme a novela numa simples obra de arte. Assim, você deve respeitar o texto que lhe foi dado, e não escolher uma interpretação que você acredita que o texto estabelece (Tradução nossa).

³⁰⁵ DWORKIN, *op. cit.*, p. 167.

deferência e a presta de forma voluntária. O reconhecimento dessa força gravitacional seria uma das qualidades do juiz Hércules, no tocante aos precedentes.³⁰⁶

3.2.2 As razões de decidir (*Ratio Decidendi/Holding*)

Neste ponto, faz-se imprescindível, seguindo os estudos sobre a força obrigatória dos precedentes na doutrina do *stare decisis*, partir para o estudo da *ratio decidendi*, que expressa a parte da decisão judicial em que consta o efetivo conteúdo jurídico decisório da sentença, o qual será o único ponto do julgado a ser revestido da eficácia vinculante.

É assim que identificar a *ratio decidendi* de um julgado é, muito provavelmente, a tarefa mais importante na lógica processual do uso dos precedentes. Isso ocorre, pois, apenas identificando-se contornos do caso precedente e sua solução jurídica é possível analisar a existência de similaridade com a lide presente no momento da aplicação. Assim se manifestou jurisprudência norte-americana no caso *Ashville Investments Ltd v Elmer Contractors Ltd*³⁰⁷, em 1988:

Em minha opinião, a doutrina do precedente envolve isso: quando um caso foi decidido numa corte, é somente o princípio legal ou os princípios legais com base nos quais aquela corte decidiu que vinculam as cortes concorrentes ou de jurisdição inferior e requer dessas cortes que os sigam e adotem quando são relevantes para a decisão de casos posteriores perante tais cortes. A *ratio decidendi* de um caso prévio, o motivo pelo qual ele foi decidido como foi, é, na minha opinião, somente para ser entendido neste sentido limitado.

Demonstrada a importância vital da *ratio decidendi* para o *stare decisis* na lógica dos precedentes do *common law*, é importante buscar definir os delineamentos conceituais do mesmo e posteriormente como identificá-lo no julgado.

O estudo da *ratio decidendi* é um campo no qual há muitas divergências doutrinárias. Assim, várias são as definições dadas pelos autores ao instituto, exemplificaremos cinco das mais difundidas:

- a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do Caso;
- b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso;
- d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, justificação implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso.³⁰⁸

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 175.

³⁰⁷ SOUZA, 2011, p. 125.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 126.

É possível observar que as quatro primeiras definições apontadas apresentam algumas variáveis principais que se combinam de modo diverso: a explicitação ou não dos pontos, o fato de serem regras ou razões, como também de se tratar da solução propriamente dita ou dos motivos que levaram à solução. A última alternativa também se encaixa nas variáveis, mas adiciona o novo elemento, qual seja a identificação da regra de direito presente do precedente apenas pelo intérprete.³⁰⁹

Parece, quanto ao primeiro impasse, que se deva optar sempre pela explicitação das razões, visto que podem ser as mesmas mais bem controladas pelas partes, ausentes de obscuridades e nulidades, além do que baliza e restringe a interpretação que será dada pelo leitor do precedente, pois admitir razões implícitas geraria grandes subjetividades e abertura para abusos.

As duas questões seguintes parecem não poder definir a *ratio* em todos seus contornos, já que não se pode limitá-la ao mero *holding*, ao tê-la apenas como a solução propriamente dita, mas também não é possível classificá-la como razões sem decisão.³¹⁰ Portanto, não nos parece seguro escolher um ou outros desses parâmetros isoladamente.

A última variável nos leva a uma pergunta muito importante: quem decide qual é a *ratio decidendi* de um precedente e seu conseqüente caráter obrigatório? Seria o juiz do caso antecedente, que produziu o precedente, ou o juiz do caso posterior, que interpretará o precedente? Temos aqui o embate de uma perspectiva descritiva, ou seja, baseada na descrição do processo de justificação feito pelo magistrado produtor do precedente. Enquanto em outro ponto, temos uma dimensão prescritiva, que busca identificar e delimitar que pontos de uma decisão são de observância obrigatória.

Não há respostas finais para o tema, seja para a definição da *ratio decidendi*, ou mesmo sobre ser a mesma prescritiva ou descritiva, visto que esses pontos são extremamente controversos nas doutrinas especializadas. Entretanto, debruçar-nos sobre o tema de forma rápida já demonstra que a identificação da norma do precedente não é uma tarefa fácil e muito menos livre de interpretações e subjetividades.

Os métodos de identificação da *ratio decidendi* também sofrem do mesmo problema de grandes divergências doutrinárias, a exemplo do tema da definição, pois são muito numerosos e por existir pouco consenso sobre como se obter a *ratio*, principalmente em contraponto ao *dictum*.

³⁰⁹SOUZA, 2011, p. 126.

³¹⁰DUXBURY, 2008, p. 12

O *dictum* (também conhecido por *obiter dictum* ou no plural *dicta*) é composto por declarações feitas pelo magistrado na decisão de forma gratuita, ou seja, “são declarações feitas por uma Corte que transcendem a questão legal ou os fatos apresentados pelo caso a ela submetido”.³¹¹ A negativa de efeito vinculante ao *dictum* teria sua origem no que temos por princípio da congruência entre pedido e decisão, visto que em um processo com contraditório real, em que as partes se pronunciam sobre as questões por elas levantadas, não caberia ao juiz decidir questão diversa daquela posta para sua apreciação, sobressaindo de sua competência.³¹² Tal questão já foi explicitada na Jurisprudência norte-americana:

O questionamento perante a corte é investigado com cuidado e considerado em sua totalidade. Outros princípios que podem servir para ilustrá-lo são considerados em sua relação com o caso decidido, mas a sua possível influência em todos os outros casos raramente é investigada por completo.³¹³

De fato, a prática jurídica presente no cotidiano dos advogados que militam no *common law* consiste de proceder em argumentações de analogia ou distinção entre os precedentes apresentados e o caso concreto em julgamento, como também, discutir se determinado ponto do precedente consiste em *ratio* com efeito vinculante ou mero *dictum*, que não terá poder para reger o novo caso.³¹⁴

Feitas as considerações necessárias, é possível agora partir para uma breve análise de alguns dos métodos apontados pela doutrina como passíveis de identificar a *ratio decidendi* e apartá-la do *dictum*.

A teoria de Wambaugh é uma das mais clássicas e aponta, em um breve resumo, que a *ratio decidendi* é uma proposição necessária para decisão, ou seja, se a proposição é fundamental para a validade e entendimento da decisão, ela terá caráter vinculante, enquanto aquelas desnecessárias ou acessórias são *dicta*.³¹⁵

Assim, o método consistiria em reduzir os argumentos jurídicos a proposições negativas e verificar se ainda permaneceria a *holding* da decisão. Caso mantenha-se intocada a *holding*, permanecendo essa fundamentada, então estar-se-á diante de uma proposição não essencial.³¹⁶

O comentário de Cross e Harris³¹⁷ sobre o teste de Wambaugh merece registro:

³¹¹FINE, 2011, p. 68.

³¹²*Ibidem*, p. 69.

³¹³Cohens Virgínia, 19 U.S (6 Wheat) 264, 399 (1821) *apud* FINE, 2011, p. 70.

³¹⁴FINE, *op. cit.*, p. 67-83.

³¹⁵SOUZA, 2011, p. 127.

³¹⁶MELLO, 2008, p. 121.

³¹⁷CROSS; HARRIS, 2004, p. 56.

In short, Wambaugh's test assumes that the *ratio decidendi* is a proposition of law considered by the court to be necessary for its decision. We shall see that there is too much to be said for this as a description of what lawyers mean by *ratio decidendi*, but the test is not of much assistance in search for ways and means of determining what proposition of law was considered necessary by the court to its decision. The merit of Wambaugh's test is that it provides what may be an infallible means of ascertaining what is not *ratio decidendi*. It accords with the generally accepted view that a ruling can only be treated as *ratio* if it supports the ultimate order of the court.³¹⁸

Portanto, como apontado por Cross e Harris, a teoria de Wambaugh expõe que a *ratio* pode ser encontrada na proposição fundamental à decisão da corte. No entanto, não expõe qualquer método ou instrumento hábil para se chegar a tal proposição.

Podemos afirmar que tal teoria é bastante simplista e sofre muitas críticas da doutrina. Um dos principais problemas seria o trabalho com o argumento *contrario sensu* e toda sua fragilidade que, quando muito, teria aplicação para apontar o que não é *ratio decidendi*.³¹⁹

Para Brian Gardner, a distinção demanda uma certa experiência na leitura de sentenças e votos para que se possa daquele texto extrair inferências específicas, que algumas vezes estão diretamente escritas e precisam de interpretação e contextualização, mas outras vezes encontram-se apenas implícitas no texto. Propõe, assim, que sejam levados em conta quatro elementos essenciais à definição do *holding* e sua diferenciação do *dictum*: 1) deve ser uma decisão sobre questão de Direito; 2) dada de forma expressa ou presumida por um juiz ou corte; 3) deve ser relativa a uma questão levantada no litígio; 4) deve ser necessária para se chegar logicamente à resolução do caso.³²⁰

A teoria de Oliphant também é digna de nota em virtude de retratar uma visão extrema do realismo jurídico na teoria dos precedentes. Portanto, a *ratio decidendi* teria aqui identidade completa com o *holding*, enquanto decisão simplesmente, desprovida de qualquer raciocínio encadeado, visto que reproduzir esse seria colocar a opinião dos juízes acima da decisão propriamente dita do caso.³²¹

A concepção de Oliphant é natimorta, visto que se for levada ao extremo sua lição e tratar apenas da resolução concreta do caso, não haverá qualquer espaço para abstração e

³¹⁸ Em resumo, o Teste de Wambaugh admite que a *ratio decidendi* é uma abordagem legal considerada pela corte como necessária para suas decisões. Nós veremos que há muito a ser dito sobre o teste como uma descrição do que a lei entende por *ratio decidendi*, mas ele não é de muita ajuda na busca de caminhos e meios para determinar que proposição de lei é considerada necessária pela corte para sua decisão. O mérito do teste de Wambaugh é prover o que pode ser um meio infalível de determinar o que não é *ratio decidendi*. Isto converge para a visão geralmente aceita de que uma regra somente pode ser tratada como *ratio* se ela ampara uma decisão final da corte (Tradução nossa).

³¹⁹ LOPES FILHO, 2016, p. 169.

³²⁰ GARNER, Brayán A. **The law of judicial precedent** St. Paul: Thomson Reuters. 2016, p.46

³²¹ SOUZA, 2011, p. 128.

generalização da regra utilizada, o que tornaria inútil por completo o precedente para ser usado em casos futuros.

O juiz Antonin Scalia da Suprema Corte norte-americana também criou seu próprio método, que consiste em generalizar o *holding* de uma decisão até se chegar ao nível de um direito constitucionalmente assegurado.³²² Tal generalização nos parece excessiva e, ao fim, inútil para o tratamento de casos análogos.

A última teoria que terá nossa atenção é a de Goodhart. Para esse jurista, a *ratio decidendi* é obtida pela consideração dos fatos materiais e a decisão judicial acerca desses mesmos fatos, não sendo, portanto, considerados os argumentos justificativos ou enunciados jurídicos.³²³

O autor, assim, parte para a análise de várias regras através das quais seria possível identificar os fatos materiais, ou seja, dentre todos os fatos presentes no caso, aqueles que foram realmente levados em consideração pelos magistrados para proferir sua decisão, sendo a real base fática do caso. Seriam esses os fatos que seriam levados em conta para medir a semelhança ou distinção entre casos, aplicando-se, portanto, a mesma solução jurídica (*holding*), sem qualquer análise jurídica dos motivos (*opinion*) ou abstração de normas.³²⁴

Um dos problemas principais dessa teoria é a noção de que a *ratio* é parte de um raciocínio linear que chega à conclusão presente no *holding*. Tal perspectiva ignora que a decisão é fruto da resolução em teia de várias questões prévias (os chamados capítulos de sentença na doutrina de Dinamarco)³²⁵, que posteriormente irão culminar no encadeamento lógico para a resolução final.³²⁶

Outro problema dessa teoria, que se refere unicamente à sua possibilidade de utilização em um sistema jurídico como o brasileiro, é de que aceitar o *holding* como um ato de império, acerca do qual o intérprete apenas analisa as condições em que esse ato deverá ser reproduzido em novos julgamentos, é um atentado tanto à separação dos poderes quanto à regra de motivação das decisões judiciais, a qual será explorada no próximo capítulo.

A concepção de linearidade da *ratio*, presente na doutrina de Goodhart e em diversas outras, leva a outro problema que é muito mal resolvido na doutrina do *common law*, também devido à falta da noção de questões prévias, o qual seria a existência de várias *ratio decidendi* em um mesmo julgado. Nessa ocasião, caberia ao intérprete eleger uma delas, ou

³²² TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, p. 73.

³²³ GOODHART, 1953 *apud* SOUZA, 2011, p. 129.

³²⁴ GOODHART, 1953 *apud* SOUZA, 2011, *loc. cit.*

³²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 352-396.

³²⁶ LOPES FILHO, 2016, p. 158.

até todas, mesmo que conflitantes, para proporcionar nelas força obrigatória, o que residiria em flagrante voluntarismo hermenêutico.³²⁷

Bem diversa é a concepção de Neil MacCormick, que sustenta a *ratio decidendi* como sendo uma questão meramente jurídica, completamente despida de fatos, consistindo a proposição jurídica, a fundamentação propriamente dita, que adquirirá abstração para aplicar-se aos casos posteriores. Nega, portanto, a posição de Goodhart sobre ser a *ratio* questão de fato.³²⁸

Ao lado das técnicas apresentadas acima como métodos de identificação da *ratio decidendi*, na década de 1960 já eram catalogadas mais de 64 opiniões doutrinárias³²⁹ diversas acerca do tema, tendo surgido muitas mais desde então. Pelo que se observou, não há na identificação e trabalho com os precedentes a certeza e unicidade que alguns autores querem atribuir ao tentar transportar o uso desses para o direito pátrio.³³⁰

Vale ressaltar que é papel das cortes posteriores definir o que no julgamento anterior considerará *holding* ou *dictum* e, conseqüentemente, o que consiste uma questão que terá força vinculante ou não. Isso dependerá muito do contexto do caso, da clareza da decisão invocada como precedente e da argumentação das partes. Por exemplo, algumas cortes consideram que é critério para a distinção a possibilidade de se retirar a declaração e ainda manter intacta a conclusão, levando à questão de se considerar ou não os argumentos alternativos e rotas alternativas de solução como parte integrante do precedente.³³¹

O reconhecimento deste papel da corte posterior é muito importante para a construção do precedente, pois muitas vezes a corte emissora tenta exprimir de forma expressa e minuciosa o *holding* do precedente e acaba tornando-o restritivo ou abrangente demais, dissociando do contexto, dos fatos materiais que compõem o caso. Logo, os holdings expressos de forma muito genérica têm menos possibilidade de se tornarem precedentes do que aqueles descritos de forma mais específica diante da dificuldade em se expressar o precedente que advirá da decisão.³³²

Entre o *holding* e o *dictum* há um meio termo, o chamado *judicial dictum*. A Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *Kappo v. Hyatt* que determinada parte de uma decisão invocada pode ser considerada como não sendo *holding* propriamente do caso

³²⁷ LOPES FILHO, 2016, p. 158.

³²⁸ MACCORMIK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 103.

³²⁹ RAMIRES, 2010, p. 69.

³³⁰ RAMIRES, *loc. cit.*

³³¹ GARNER, 2016, p. 52-53.

³³² GARNER, *loc. cit.*

em que foi levantada, mas que não pode ser desconsiderada como mero *dictum*, por consistir em definição cuja racionalidade merece deferência e que foi devidamente invocada e utilizada posteriormente. Assim, o *judicial dictum* seria uma consideração jurídica exposta pela corte que não compõe a *holding* do caso em que foi levantada, mas que possui relevância maior do que as *dicta* em geral devido ao seu mérito e aderência posterior.³³³

Pode-se afirmar que há uma tendência de diferenciação entre as *dictas*, não podendo se considerar todas como sendo iguais e de mesma relevância (ou irrelevância) jurídica. Ocorre, inclusive, a possibilidade de se tornar precedente simplesmente por receber ampla adesão da consideração de seu conteúdo. Na falta de um precedente com autoridade maior, o *judicial dictum* pode ser utilizado como tendo força vinculante, havendo precedente nesse sentido nos EUA.³³⁴

Caso semelhante é das *vertical dicta*, que consiste na técnica, praticada pelas cortes de segundo grau, de conceder aos *dicta* das cortes superiores uma força maior, visto que podem indicar um futuro entendimento que se consolidará como *holding* de uma decisão vindoura e, portanto, em futuro próximo poderão vincular. Algumas cortes vão mais além, ao ponto de fundamentar o dever em se seguir as *dicta* da Suprema Corte norte-americana como vinculantes, exceto no caso de que se mostrem datadas ou superadas.³³⁵

O fato é que a força do *dicta*, assim como a força dos precedentes em geral, pode ser descrita como um diálogo entre a corte emissora (que escreveu o texto) e a corte receptora (que o lerá e interpretará). Desse diálogo sairá a decisão da corte posterior, que determinará o poder, sentido e extensão do *holding* ou até mesmo o peso do *dicta*.

Tais fenômenos de valorização diferenciada dos *dictum* são importantes para demonstrar que a adesão aos precedentes, que lhe concederá sua força vinculante, sempre será um misto indissociável de elementos formais e elementos de natureza material com consideração material da justiça da decisão e sua inserção e aceitação na comunidade jurídica.

O uso dos precedentes na sistemática do *stare decisis* envolve a aplicação de outros institutos e técnicas específicas, que merecem aqui um rápido esboço, para que não restem deixados de lado, mas também não se corra o risco de fuga do escopo central dos estudos desenvolvidos neste trabalho.

³³³ GARNER, 2016, p. 54.

³³⁴ *Ibidem*, p. 63.

³³⁵ *Ibidem*, p. 69-70.

Após a extração da *ratio decidendi* e conhecimento completo do holding do precedente e seu significado, a aplicação dependerá dos mecanismos de associação e distinção entre casos.

3.2.3 A técnica de distinção (*distinguish*)

A técnica da distinção entre casos está entre as principais ou mais usuais do sistema de precedentes do *common law*, visto que, como já comentado, a evolução e expansão do sistema ocorreu através da lógica de aproximação analógica ou distinção entre os casos anteriores com o caso atual. Portanto, deve-se aqui fazer alguma menção dessa técnica.³³⁶

A sua utilização pressupõe a análise de fatos materiais fundamentais (*material facts*) que, conforme já bem explorados no estudo da *ratio decidendi*, são o substrato empírico do caso na forma como levado em conta pela Corte emissora. Esses fatos devem ser conduzidos para um determinado grau de abstração e, somente então, serem comparados com os fatos do caso atual. A *distinguish* consiste nas razões que levam a não aplicação da regra generalizada ao caso futuro por diferenças materiais que serão explicitadas. O exemplo concreto é fornecido por Mcleod³³⁷:

Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1986] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar que os achou não estava aberto ao público.

A interpretação do precedente, portanto, leva à generalização de que o fato “encontrar alguma coisa móvel sem dono presumido ou aparente” teria como consequência o direito do descobridor de ficar com a coisa achada. As circunstâncias do caso posterior se estabeleceram assemelhadas com as do caso anterior no fato do dinheiro e os anéis, nos dois casos, serem coisas móveis sem dono aparente. No entanto, a característica do lugar em que foram encontrados os anéis no caso seguinte não ser público levaria à dessemelhança com a situação anterior, ante a existência de um dono presumido. É assim que, esclarecendo a distinção, é afastada a incidência do precedente anterior.

Portanto, o *distinguish* funciona, caso utilizado corretamente, como uma forma de declarar o precedente inaplicável ao caso concreto sem, contudo, desafiar-lhe a autoridade. Assim, expõe Duxbury³³⁸:

³³⁶ FINE, 2011, p. 67-83.

³³⁷ MCLEOD, 1996 *apud* SOUZA, 2011, p. 143.

³³⁸ DUXBURY, 2008, p.114.

In the most routine instances, the activity of *distinguish* leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law. It is not even clear that it is right to talk about *distinguish* in such instances, for a court considers the earlier decision irrelevant to the case at hand, and therefore, for its present propose, not really a precedent.³³⁹

A técnica de distinção faz-se mais presente quanto se identifica casos cujas razões de decidir se apresentam como verdadeiras regras amplas e abstratas, sem a necessária adstrição direta ao caso concreto. Tais casos, que apresentam precedentes generalistas, são comumente frutos de um perigoso “olhar para o futuro” feito pela corte emissora que prioriza a tentativa de produzir norma jurídica para regulação geral ao invés de se reter às estritas balizas do caso concreto.³⁴⁰

Cabe alertar, no entanto, que a técnica do *distinguish* é também utilizada como uma burla ao *stare decisis*, como forma de afastar a incidência de um precedente, que a corte por algum motivo não quer aplicar, mas ao qual deveria estar restrita, devido à sua força obrigatória. Assim é a crítica feita por Crackell³⁴¹:

A American Realist School of Philosophy, em seu extremo, argumenta que o que é importante não é tanto o que um juiz diz, mas o que ele faz: isto é ele tem uma grande liberdade para ignorar decisões anteriores e seguir suas próprias opiniões – indiferentemente de como ele ‘veste’ sua decisão em seu julgamento. É verdade que, em alguns casos, os juízes realmente dão credibilidade extensa demais à decisão. Em *Jones v. Secretary of State for Social Services* (1972) AC 944 (HL), Lord Reid afirmou: ‘É notório que, quando a decisão existente é desaprovada, mas não pode ser revogada, as cortes tendem a distingui-la em bases inadequadas. Eu penso que eles ajam erradamente fazendo isso, eles estão adotando a menos imperfeita das únicas alternativas aberta a eles. Mas isso está fadado a causar incerteza [...]’.

De fato, a técnica de distinção se praticada de forma excessiva, acarretando distinções fracas ou irreais, representa uma erosão indireta do precedente sem que nenhuma corte expressamente decida pela sua superação de forma expressa. Outro risco são as distinções produzidas em forma de exceções à regra geral dos precedentes, que no aspecto formal parecem plausíveis, mas que substancialmente apresentam inconsistência com a regra principal, principalmente em se tratando de regras já socialmente consolidadas ou quando se mostra impossível de administrar (*unworkability*) de forma que os casos merecem ser tratados de forma consistente.³⁴²

³³⁹ Na maioria das instâncias de rotina, a atividade de distinção deixa tranquila a autoridade do precedente, já que a corte não está declarando que uma decisão anterior é uma lei ruim, mas inaplicável apesar de boa. Não é também claro que seja correto falar sobre distinguir em tais instâncias, porque a corte considera a decisão anterior irrelevante para o caso concreto e, portanto, para este objetivo específico, na verdade não é um precedente (Tradução nossa).

³⁴⁰ SUMMERS, 1997, p. 393.

³⁴¹ CRACKELL, 1995 *apud* SOUZA, 2011, p. 144.

³⁴² SUMMERS, *op. cit.*, p. 392.

Pode-se observar, no mesmo sentido, que esse é um dos institutos que mostram que o sistema de precedentes do *common law* também gera aberturas para decisões arbitrárias, que realmente ocorrem na prática, e que tem os mesmos problemas encontrados em um sistema como o nosso, para os quais também se procuram soluções.

3.2.4 A superação do precedente (*overruling*)

A superação ou sobreposição do precedente é denominada na doutrina de *overruling* e consiste em uma visão de que os precedentes são uma doutrina e uma regra geral a se seguir, mas que não significa que os precedentes vão se manter de forma inflexível. Essa regra é válida principalmente para as cortes superiores, que podem de forma mais livre rever suas decisões anteriores, criando novos precedentes sobre determinados temas. Desse modo, já ficou fixado pela Suprema Corte norte-americana:

A doutrina do *stare decisis* é de fundamental importância para a “legalidade material” (*rule of law*), (mas) nossos precedentes não são sacrossantos. Já sobreposemos decisões anteriores nas quais a necessidade e a propriedade de fazê-lo foram definidas.³⁴³

Tal medida é reservada, todavia, aos casos mais extremos em que se faça realmente necessária a retirada do precedente do sistema. Caso utilizada corretamente a técnica de superação, assim como a distinção, promove o *stare decisis* e a força dos precedentes ao invés de enfraquecê-lo, pois permite a evolução e atualização do sistema. Na maioria das vezes, as cortes optam pela utilização da técnica do *distinguish*, considerando as diferenças fáticas de caso, afastando o precedente anterior e emitindo novo juízo.³⁴⁴

Sobre a questão relativa à superação de um precedente e a garantia de previsibilidade, se faz necessário trazer à tona lição de Ravi Peixoto, ancorada na doutrina de Jeremy Waldron³⁴⁵:

Para além da vinculação de precedentes, a manutenção de um entendimento jurisprudencial estabelece uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica. Afirma Jeremy Waldron que não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim de “conceder tempo aos jurisdicionados para se acostumar com a norma jurisdicional e a internalizar como base para a sua tomada de decisões”. Afinal, um elemento essencial no Estado de Direito é a estabilidade relativa do direito e para que um precedente possa servir como base para a tomada de decisões de longo prazo, ele deve permanecer em vigor por um certo período de tempo.

³⁴³ Ring v. Arizona, 536 U.S 584,587 (2001) *apud* FINE, 2011, p. 84.

³⁴⁴ Ring v. Arizona, 536 U.S 584,587 (2001) *apud* FINE, *loc. cit.*

³⁴⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3ª Ed.Salvador: Juspodivm, 2018, p. 203.

Predomina o entendimento de que surgido o novo precedente, surgirão dois comandos dele emanados. O primeiro relativo à nova *ratio decidendi* que regerá os casos e o segundo relativo ao efeito do *stare decisis* que garantirá a eficácia do mesmo no ordenamento de forma que apenas a corte emissora ou outra superior a ela poderá promover nova superação. O caso de sua não aplicação por um juízo de instância menor pode se dar no caso da chamada superação antecipada (*anticipatory overruling*) ou poderá ser identificada como um vício de fundamentação que pode levar à nulidade do julgado pelo *error in iudicando*.³⁴⁶

A superação antecipada (*anticipatory overruling*) consiste em uma técnica aplicada por uma corte de instância inferior. A corte emissora antecipa a superação do precedente que já foi anteriormente sinalizado pela corte superior competente para a superação, negando sua aplicação no caso concreto sob a alegação de que logo que surja a oportunidade, a corte superior promoverá a superação formal.³⁴⁷

Tal técnica parece ter sido abrangida pela sistemática da fundamentação com precedentes prevista no CPC de 2015, visto que no art. 489, parágrafo 1º, inciso VI, faz referência direta à possibilidade de “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de (...) superação de entendimento”. Dessa forma, o juízo inferior poderia identificar, por exemplo, a superação do precedente através de outras decisões da corte superior que demonstrem a superação implícita do precedente, principalmente considerando que no Brasil ainda não há uma cultura de utilização expressa da superação no conteúdo decisório. Nesses casos, faz-se cabível a utilização da Reclamação Constitucional para preservação da autoridade das decisões, de forma a levar diretamente à corte superior a oportunidade para decisão final acerca da superação ou não do precedente.

A antecipação de superação, assim, pode consistir em um instrumento de explicitação dessa quando a corte superior tiver se utilizado da superação implícita ou furtiva (*stealth overruling*) do precedente, contribuindo para o esclarecimento e a segurança jurídica, sendo possibilitada a reforma da corte superior de reformar a decisão, caso entenda que o precedente persiste.

Não há que se confundir, contudo, a técnica de superação antecipada, que exige o ônus argumentativo relativo à demonstração do fluxo jurisprudencial em torno de uma superação iminente, com a atitude de ignorar ou negar efeito vinculante ao precedente. Uma das técnicas possíveis ao juízo inferior para apresentar inconsistências no precedente que

³⁴⁶ PEIXOTO, 2018, p. 203

³⁴⁷SUMMERS, 1997, p. 398-399.

demandem sua superação é a *disapprove precedente*, em que fundamenta seu entendimento *a contrario sensu*, mas se curva à autoridade do precedente. Conforme prevista no próprio Enunciado n.º. 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que assevera não ser contraditória a decisão que aplica o precedente com ressalva de entendimento.³⁴⁸

Tal aspecto apresenta utilidade em dois pontos principais, o primeiro de possibilitar ao vencido levar a causa à instância superior, buscando a superação do precedente utilizando-se do argumento do magistrado de piso e, segundo, servir de termômetro acerca da aplicação prática do precedente (*workability*) para que o tribunal superior avalie a necessidade de superação.

A superação do precedente pode se mostrar justificada, na concepção de Robert S. Summers, em três grandes tipos: 1) quando a inovação tecnológica ou melhorias sociais de caráter geral tornam os precedentes obsoletos; 2) quando as mudanças sociais e o crescimento moral de um sociedade indicam a necessidade de superação do precedente para a compatibilização direito com o fenômeno social subjacente; 3) quando a experiência com precedente mostra erros substanciais e de concepção em sua formação que indicam a necessidade de sua superação.³⁴⁹

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em seus próprios julgados, os chamados precedentes sobre precedentes, tem indicado alguns dos fatores que os juízes daquela corte consideram mais relevantes no momento em que se cogita a opção pelo *overruling*:

1. As regras mostram-se impossíveis de aplicar na prática.
2. A regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará uma dificuldade ou iniquidade se for revogada.
3. Um princípio legal sofreu tantas mudanças que transformou a regra antiga em nada além de uma “reminiscência de uma doutrina abandonada”.
4. Os fatos mudaram tanto, ou passaram a ser interpretados de forma tão diferente, que a norma original perdeu uma aplicação ou justificativa significativa.³⁵⁰

Portanto, percebemos que a distinção é técnica diretamente ligada à manutenção da integridade e coerência do ordenamento jurídico em sua perspectiva interna e na sua relação com as mudanças que ocorrem na sociedade, as quais demandam revisão e compatibilização da normatização jurisprudencial com as práticas sociais.

A preocupação com a alteração dos precedentes e seus impactos na segurança jurídica e previsibilidade das relações sociais, em países que seguem a tradição jurídica insular, é tão presente que as cortes construíram a prática chamada de superação prospectiva (*prospective overruling*), similar à técnica de modulação dos efeitos da declaração de

³⁴⁸ PEIXOTO, 2018, p. 205.

³⁴⁹ SUMMERS, 1997, p. 396-397.

³⁵⁰ Pa. V. Casey, 505 U.S. 833,854 (1992) *apud* FINE, 2011, p. 85.

inconstitucionalidade em nosso ordenamento³⁵¹, em que a nova decisão só será aplicada ao caso em exame e aos casos futuros que surjam após a publicação do novo precedente, persistindo a normatividade do precedente superado para os casos anteriores.³⁵²

A superação prospectiva, entretanto, não é aplicável para todos os casos, sendo a regra sua aplicação retroativa, se fazendo necessário a presença um conjunto de fatores para sua aplicação prospectiva, que foram explicitados de forma clara em um precedente paradigmático da Corte Distrital de Nova York (*Ceres Partners v. Gel Assocs.*, 714 f. Supp. 679 – S.D.N.Y, 1989)³⁵³:

- 1 the holding must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedente on which litigants may have relied or by deciding na issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed;
- 2 the merits and demerits in each case must be weighed by looking to the history of the rule in dispute, its purpose and effect, and wheter retroactive operation will further or retard the rule's operation;
- 3 retrospective application must create the risk of producing substantially inequitable results.³⁵⁴

Estando um tanto quanto suficiente o esboço feito do sistema de precedentes nas experiências do *common law* inglês e norte-americano para as finalidades do presente estudo, parte-se então para o próximo tópico, em que esperamos tirar conclusões gerais sobre os precedentes e sua relação direta com a ideia de igualdade perante a lei, previsibilidade e segurança jurídica.

3.3 Equidade e Segurança Jurídica no Sistema de Precedentes

Os fundamentos do dever de seguir precedentes têm, em seu interior, a ideia de que casos semelhantes devem ter solução semelhante por se tratar de uma noção de senso comum de igualdade e justiça, assim como também a noção de segurança jurídica como previsibilidade. Dessa forma, buscaremos demonstrar nas próximas linhas as bases de uma teoria dos precedentes fundada no dever de igualdade na aplicação da lei.

³⁵¹ PEIXOTO, 2018, p. 290.

³⁵² SUMMERS, 1997, p. 398.

³⁵³ SUMMERS, *loc. cit.*

³⁵⁴ 1 As razões de decidir devem estabelecer um novo mandamento jurídico, seja através da superação clara de um precedente anterior no qual as partes podem ter se embasado ou quando decidindo casos de primeira impressão em que a resolução não fosse previsível; 2 Os méritos e deméritos devem, em casa caso, ser sopesados analisando a história da regra que está em disputa, seus propósitos e efeitos, e se a operação retroativa da nova regra será positiva ou negativa para sua efetividade; 3 A aplicação retroativa represente um risco de se criar resultados que gerem iniquidade (Tradução nossa).

3.3.1. O dever de tratar casos similares de forma igual (*Treat like cases alike*)

A igualdade é uma temática que perpassa as mais diversas constituições modernas, da mesma forma que é feita em nossa Constituição Federal de 1988, podendo sustentar-se com segurança que se constitui em um dos valores revestidos pela Carta Magna de juridicidade. Dentre todas estas manifestações da igualdade como valor constitucional, uma aqui merece maior análise, qual seja a prevista no *caput* do art. 5º, da CF/88, que institui que “todos são iguais perante a lei”, o que se costumou chamar de Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia, também tida como igualdade em sentido jurídico-formal.³⁵⁵

Sobre o direito à igualdade e a pouca atenção prestada em comparação à liberdade nos escritos político-constitucionais modernos, trazemos como reflexão o pensamento de José Afonso da Silva:

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido do material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.³⁵⁶

A doutrina estrangeira costuma fazer distinção entre a *igualdade perante a lei*, dirigida ao aplicador, e a *igualdade na lei*, perspectiva dirigida ao legislador.³⁵⁷ No entanto, o conteúdo da igualdade na aplicação se restringiria à concepção de que o aplicador não poderia fazer distinções que o legislador não fez. Já a doutrina nacional tradicionalmente associa a igualdade perante a lei como um mandamento dirigido ao legislador infraconstitucional para que não produza leis que proponham desigualdades fora dos limites constitucionais, considerando a igualdade na aplicação mera consequência da limitação do legislador.³⁵⁸ Assim observa José Afonso da Silva:

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 211.

³⁵⁶ SILVA, *loc. cit.*

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 215

³⁵⁸ Devemos ressaltar que Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” identifica que o ato de promover distinções e desigualdades é inevitável e seria papel em si da legislação pelo que o controle estaria na vedação à utilização de critérios arbitrários de distinção. Assim, o ato que promove a distinção desigual deveria apresentar justificativa racional de tal distinção que deverá passar por três testes: (1) Correlação lógica entre fator de discriminação e a desequiparação procedida; (2) Consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição; (3) Cautela na interpretação das leis em atenção à isonomia. No entanto, o autor se limita a asseverar que o aplicador não deve realizar distinções não feitas pelo legislador, o que não representa avanço significativo na ideia de controle da subjetividade.

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades”. Aliás, Francisco Campos, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil, concluindo que, “nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”.³⁵⁹

Portanto, na doutrina clássica, bastaria conformar-se o legislador à igualdade que estaria vinculado, igualmente, o aplicador, seja juiz ou administrador, visto que a própria lei traria critérios pré-estabelecidos e suficientes para aplicação. No entanto, tal perspectiva propõe uma separação artificial entre os momentos de interpretação e aplicação da lei que se encontra superada, após o chamado *giro linguístico* da hermenêutica filosófica.

Podemos definir, de uma concepção hermenêutica, que a interpretação é a construção de sentido da norma jurídica a partir do texto normativo, não havendo, portanto, a pré-existência da norma à sua aplicação, mas apenas a pré-existência do texto normativo que fornece balizas para a norma, mas não lhe é suficiente. A interpretação é processo necessário de qualquer ato de conhecimento e aplicação do direito, sendo o texto normativo um dado insuficiente para gerar os efeitos práticos de aplicação. Tais premissas geram efeitos inegáveis na concepção na igualdade perante a lei, impossibilitando que seu conteúdo seja apenas dirigido ao momento de criação do texto normativo sob pena de tornar-se quase inócuo.

Seguindo um passo adiante na hermenêutica filosófica podemos asseverar, de acordo com o pensamento de Gadamer, que o conhecimento do sentido do texto e sua aplicação ao caso jurídico sob exame não podem ser entendidos como atos separados, visto que o ato de interpretar é ao mesmo tempo compreender e aplicar. Tais atos fariam parte de um único processo gerado pela aplicação da diferença ontológica e do círculo hermenêutico. Essa concepção é comumente chamada de *applicatio gadameriana* que, segundo o próprio autor:

³⁵⁹ SILVA, 2006, p. 215-216.

consiste em concretizar a lei em cada caso, isto, é em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, como qualquer outro membro da comunidade jurídica.

Claro que esta tarefa de concretização não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado.

(...)

Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.³⁶⁰

Dessa forma, reconhecendo o papel central do aplicador na criação do Direito, tal figura, seja no papel de juiz ou de administrador, deverá zelar, dentre outros aspectos decorrentes do Princípio da Igualdade, pelo tratamento de casos similares com soluções similares, por ser medida protetora de seu núcleo essencial e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Passaremos, então, a analisar primeiramente a proposta do Positivismo Jurídico inserida na Teoria Pura de Hans Kelsen para o problema e, após, a proposta de visão do Direito como integridade que se extrai dos estudos do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin.

3.3.1.1 A proposta do Positivismo Jurídico: a Teoria Pura do Direito e a decisão judicial como ato de vontade

O problema das múltiplas interpretações possíveis e da garantia da igualdade na aplicação da lei já era conhecido do positivismo jurídico da Teoria Pura do Direito, pelo que se faz necessária a análise do pensamento de Kelsen sobre o tema.

Kelsen não estabelece diferenciação direta entre texto e norma. Porém, podemos encontrar algo próximo disso no binômio norma jurídica (*rechtsnorm*) e proposição jurídica (*rechtssatz*). A norma jurídica seria analisada na perspectiva da validade ou invalidade segundo critérios hierárquicos de competência do órgão legislador (nomodinâmica), consistindo em ato de vontade emanado da autoridade. Já a proposição jurídica é característica da doutrina jurídica em que se procura examinar a norma posta para descrever

³⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12. ed. (Pensamento humano). Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2012, p. 443.

seu sentido e alcance, funcionando como ato de conhecimento do texto legislativo, ou seja, ao descreverem fielmente as normas, obedecendo seus contornos, será a proposição verdadeira e caso não haja fidelidade será falsa.

É nesse ponto que Kelsen manifesta seu entendimento de que a indeterminação relativa é inerente à posituação de normas jurídicas, visto a impossibilidade de predeterminação completa do conteúdo normativo no momento da produção da norma. Vejamos:

Simplemente, a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência não intencional da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. A mesma situação se apresenta quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância, podendo em tal caso deixar por completo de lado a resposta à questão de saber por que modos aquela vontade pode ser determinada.³⁶¹

Pode-se dizer, assim, que Kelsen já acenava para a não coincidência biunívoca entre texto e norma, tanto que concebe sua teoria da moldura normativa e, para evitar considerações axiológicas, acaba por admitir um voluntarismo judicial na interpretação das normas, que acaba sendo o extremo oposto daquilo que pregava a hermenêutica tradicional.

Nessa perspectiva, a decisão judicial é vista como norma dentro da pirâmide nomodinâmica de Kelsen em que o papel da ciência do Direito seria descobrir a moldura normativa e, assim, encontrar o campo de competência do magistrado naquele determinado caso para decidir, de acordo com sua vontade, qualquer das normas constantes da moldura.

A interpretação, segundo a teoria pura, utiliza-se desta diferenciação entre norma jurídica e proposição jurídica. Nessa perspectiva, a tarefa dos cientistas do Direito consistiria em buscar todas as proposições jurídicas válidas sobre determinada norma jurídica, tais proposições formariam o que se denominaria de uma moldura da norma, em que estariam todos os fatos eventualmente albergados pela norma, não podendo a ciência jurídica ir além desse trabalho. Para Kelsen:³⁶²

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à

³⁶¹KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 246.

³⁶²*Ibidem*, p. 247

vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – se bem que apenas uma delas torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. [...] Dizer que a sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei apresenta – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

A hermenêutica Kelseniana percebe, assim, a atividade criadora da aplicação, mas leva-a ao extremo, concebendo que na interpretação não haveria como se aplicar quaisquer juízos de correção da interpretação, para além da moldura normativa, ou seja, valorar uma interpretação como melhor ou pior, mas apenas como dentro ou fora da moldura, geradora de um voluntarismo interpretativo.

Dessa forma, diante da concepção Kelseniana dos limites da interpretação, e do próprio Direito, não haveria espaço para uma concepção do direito de igualdade na aplicação da lei, pois sempre haveria a margem discricionária do aplicador em seguir outras opções dadas pela moldura.

3.3.1.2 O Direito como integridade: a proposta de Ronald Dworkin

Na concepção de Dworkin, o Poder Público tem o dever de tratar os cidadãos com igual respeito e consideração. Tal noção vai além da mera repetição de decisões judiciais e de que casos semelhantes devem ser julgados da mesma forma, buscando conectar as decisões, e o fenômeno jurídico como um todo, a uma dimensão de moralidade, a qual permite a conciliação do exercício do poder com a legitimidade democrática.³⁶³

A concepção de Direito exposta por Dworkin representa uma resposta alternativa ao positivismo jurídico, principalmente a versão de Hart, seu maior interlocutor, quanto às teses da descrição e da separação entre direito e moral. Assim, a intenção principal de Dworkin é a construção de uma teoria normativa, ou seja, que tem pretensões de expor como o direito deve ser e não apenas como ele é, como era encabeçado pela tese descritiva do

³⁶³MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão judicial democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? *In*: STRECK, Lênio Luiz. ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil- Coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-111.

positivismo. Alia-se a isso a construção de critérios, de natureza moral, para aferir a decisão democrática, dentre os quais está a coerência entre decisões judiciais e a solução de casos semelhantes da mesma forma.

Tal concepção pode ser tida como inerente à experiência jurídica, seja ela proveniente da tradição europeia continental ou insular, visto que em ambas as origens se pode identificar pontos comuns e visões ligadas ao controle do exercício do poder preservando-se a legitimidade democrática, uma das bases do constitucionalismo moderno na ideia de limitação do poder.

Um desses pontos que seriam inerentes a um ordenamento jurídico que se propõe justo, seria a promoção da dignidade humana, originada do princípio kantiano, que teria dupla dimensão principiológica: 1) princípio do valor intrínseco da vida humana (também denominado de princípio do respeito próprio – *principle of self-respect*); 2) princípio da responsabilidade pela vida humana (também denominado de princípio da autenticidade – *principle of authenticity*).³⁶⁴

Extrai-se do princípio do valor intrínseco da vida que toda vida humana seria dotada de um valor objetivo por si só, e para que cada indivíduo reconheça que sua vida é carregada de tal valor, seria consequência necessária a concessão do mesmo valor para a de todos os outros, pois tal valoração objetiva não pode pertencer a uma vida humana sem que pertença igualmente a todas.³⁶⁵

Já a segunda dimensão da dignidade humana, traduzida no princípio da responsabilidade pessoal, demanda o reconhecimento da responsabilidade pessoal de cada indivíduo em eleger os parâmetros próprios do que considera bom para si, o que seria o sucesso na sua vida. Dessa forma, seria uma violação da dignidade a imposição por um terceiro, principalmente pelo Estado, da adesão do indivíduo a determinados princípios que moldassem seu código de conduta, aplicável às suas visões e concepções particulares, unilateralmente, sem sua adesão voluntária.³⁶⁶

Nesse ponto, para entender melhor essa segunda dimensão e suas consequências, nos servimos da lição de Francisco Motta e Maurício Ramires³⁶⁷:

Mas, atenção: isso não significa, para Dworkin, que o Estado não possa nos impor obrigações. Pode e deve. Inclusive, obrigações de conteúdo moral.

Para entendermos esse ponto devemos ter presente a diferença por Dworkin traçada entre ética e moralidade. Enquanto nossas convicções éticas definem o que deve

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 9-20.

³⁶⁵ DWORKIN, *loc. cit.*

³⁶⁶ DWORKIN, *loc. cit.*

³⁶⁷ MOTTA; RAMIRES, 2016, p. 90.

contar com uma vida boa para nós mesmos, nossos princípios morais definem nossas obrigações para com os demais. O princípio da responsabilidade pessoal permite que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas baseadas em princípios morais, mas proíbe que o Estado nos dite convicções éticas.

Seguindo a construção encadeada do seu raciocínio que subdividiu a dignidade no valor intrínseco de responsabilidade pessoal, Dworkin vai além e concebe, dessas considerações, dois princípios estruturantes e basilares da democracia: o dever de igual consideração (*equal consideration*) e o autogoverno (*self-government*).

O dever de igual consideração consiste em um olhar para o valor intrínseco do indivíduo sob o ponto de vista do Estado. Ora, se cada indivíduo tem em sua vida um valor inerente pela simples condição de ser humano e que esse valor é uniforme a todos, também deve uma comunidade política ter igual consideração pela vida de todos aqueles submetidos ao seu governo. Já o autogoverno demanda que as estruturas políticas da sociedade sejam construídas de forma que a responsabilidade pessoal, portanto a dimensão chamada de ética por Dworkin, seja respeitada e concedido o espaço de autodeterminação individual. Importa, também, para o reconhecimento de um governo democrático que os indivíduos tenham possibilidade de participação das decisões de governo como parceiros iguais. Ou seja, de forma mais direta, o autogoverno implica a participação nas decisões públicas e a manutenção de um espaço intransponível de liberdade individual ³⁶⁸

Noção de Direito como integridade, por mais que seja específico e dirigido ao momento da decisão judicial, tem ligação direta com os princípios de ação estatal de igual consideração e do autogoverno em seu fundamento e estrutura, formando uma concepção de Estado Democrático de Direito originado diretamente do reconhecimento da dignidade humana e de suas consequências diretas. Da mesma forma, o cidadão não poderia considerar-se como autor de uma ordem jurídica incoerente, o que violaria o autogoverno e a ação estatal se tornaria ilegítima. Sobre essa ligação direta entre a integridade e as concepções de justiça e equidade coerentes com decisões políticas anteriores, expõe Dworkin³⁶⁹:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

³⁶⁸ MOTTA; RAMIRES, 2016, p. 90.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271-272.

A comunidade política aceita o princípio da integridade como um parâmetro externo de decisão coletiva, que busca a conciliação no processo de deliberação decisória baseado nos princípios comuns e gerais que governam aquela comunidade e com os quais concordamos para participar e constituir tal comunidade como jurídica.³⁷⁰

Toda ação estatal, assim, deve buscar fundamento na coerência de princípios comuns que estão na formação da sociedade, trazendo um entrelaçamento entre o conceito de legalidade e integridade. Pois, a legalidade só pode ser vista como tal se exercida de acordo com o que demanda a integridade política que forma um campo gravitacional ao seu redor, podendo se definir que a legalidade servirá à integridade no sentido de preservar a igualdade substancial perante a lei.³⁷¹

A integridade ligada, portanto, a uma dimensão histórica e a uma ideia de fundamentação de atos conforme princípios anteriormente estabelecidos tem consequências claras para a questão de se tratar casos semelhantes de forma igual, visto serem identificados como decorrência do dever de igual consideração e alicerce do Estado Democrático e, obviamente, para os precedentes judiciais. Sobre o tema os comentários de Lopes Filho³⁷²:

Seguindo Dworkin, é possível afirmar que a integridade, em relação aos precedentes, é uma imposição dinâmica, pois incentiva o juiz ou tribunal a ser mais abrangente, a ir além da linha jurisprudencial estrita, do precedente isoladamente apreendido ou da literalidade da súmula. Impõe que o juiz ou tribunal vá a busca de uma convergência com o princípio fundamental que dá o tom de harmonia à jurisprudência que liga os julgados autorizadores da súmula e que toque o ganho hermenêutico do precedente; tudo em função do jogo interpretativo. É justamente em torno desse ganho hermenêutico, que permite o desenvolvimento do Direito, que David Panick (1980, p.36-43) entende compatível a doutrina do *stare decisis* com a teoria de Dworkin, em especial em sua versão anterior à publicação de “O Império do Direito”. Escreve o autor: “The only strong defense open to Dworkin is to argue that precedent is required by the right thesis, and is based on fairness in giving the litigants their entitlements, because the earlier decision developed the law in some way”.³⁷³

A concepção de Dworkin da fundamentação com precedentes como um romance em cadeia (*chain novel*), já referenciada em tópico anterior do presente estudo, é uma decorrência direta da aplicação da integridade enquanto concepção ligada à historicidade do Direito.

Podemos perceber que tais concepções adotadas por Dworkin representam uma resposta adequada à questão da igualdade na aplicação da lei, não só como uma decorrência

³⁷⁰DWORKIN, 2007, p. 213-218.

³⁷¹MOTTA; RAMIRES, 2016, p. 97.

³⁷² LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de uma paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**. v.18, n.7, p. 149-172, set./dez.2017, p. 164.

³⁷³ A única defesa forte viável para Dworkin é argumentar que o precedente é requisito de uma teoria correta, baseada na justiça e em dar aos litigantes o que lhe é devido com base nas construções do direito concebidas anteriormente.

do princípio da igualdade, mas também da dignidade humana e do próprio Estado Democrático de Direito. Tais concepções são plenamente compatíveis com nosso ordenamento jurídico e compõem uma interpretação coerente com as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, como é bem resumido por Francisco Motta³⁷⁴:

Eis aí, portanto, guardados os limites deste ensaio, uma proposta de interpretação do CPC/2015: há uma imbricação indissolúvel entre os arts. 8º (promoção da dignidade humana), 926 (dever de coerência e integridade) e o § 1º, IV, do art. 489 (dever de consideração), todos do CPC/2015. E é disso que trata (procedimento e resultados) um devido processo. Não se trata de meras mudanças legislativas, mas de uma guinada no que se entende por processo jurisdicional democrático, que passa a ser concebido como corolário da exigência de igualdade de consideração (decorrência dos princípios do respeito próprio e da igual consideração) e de deferência à participação das partes na construção da resposta mais adequada a cada caso (princípio da autenticidade ou, mais especificamente, autogoverno).

Vencida a perspectiva da igualdade perante a lei através da demonstração da concepção do Direito como integridade em Dworkin em uma perspectiva adequada dos precedentes para promoção da isonomia da aplicação da lei, passamos, então, ao tópico seguinte, para a análise das possibilidades de se obter segurança jurídica em um sistema de precedentes.

3.3.2 Segurança Jurídica no sistema de precedentes

Um dos argumentos mais utilizados quando se fala em uso de precedentes e seus benefícios é o de que um sistema regido por eles gera maior segurança jurídica no sentido de ocasionar previsibilidade da decisão em decorrência da existência de um parâmetro pré-estabelecido. Essas conclusões podem ser consideradas incorretas e baseadas numa lógica simplista e esperamos demonstrar que, na busca de previsibilidade, o sistema de precedentes não está melhor do que o direito legislado.

A segurança jurídica é um conceito aberto à interpretação e construção, visto que há quem conceba tal princípio como a exigência de uma previsão exata da decisão judicial,

³⁷⁴ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin, a dignidade do processo e a dupla dimensão da resposta correta. **ABDPRO - Empório do Direito**, Florianópolis, n. 55, 24 out. 2018. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-55-dworkin-a-dignidade-do-processo-e-a-dupla-dimensao-da-resposta-correta>>. Acesso em: 05 abr. 2019, *online*.

determinação total do conteúdo das normas jurídicas e até a sua imutabilidade, o que seria, de fato, algo irrealizável.³⁷⁵

Para Jerome Frank³⁷⁶, filósofo representante do movimento do realismo jurídico norte-americano, as regras e princípios de um determinado ordenamento jurídico servem como estímulos à tomada de decisão em determinado sentido, dirigido ao magistrado. Mas, o que será realmente determinante para a decisão judicial serão as características, disposições e hábitos do julgador, sendo a decisão final um reflexo de suas concepções pessoais e predisposições idiossincráticas (*idiosyncratic biases*).

Tal concepção do realista norte-americano gerou debate com Norberto Bobbio, que é bem relatado por Lucas Buril:

Essa perspectiva foi criticada por Norberto Bobbio, defendendo que a segurança jurídica é essencial ao direito. Para Bobbio, a segurança é elemento constitutivo do sistema jurídico, ou seja, trata-se de elemento intrínseco seu, sem o qual não se pode sequer falar no ordenamento como jurídico. Fazendo referência direta à proposição de Frank, Bobbio responde à pergunta da segurança jurídica como mito, por ele mesmo formulada no título de seu ensaio, negativamente: o direito funciona a partir da determinação razoável de seu conteúdo, e através da formulação de regras gerais garante-se uma previsibilidade relativa, sem a qual o sistema jurídico não poderia cumprir seu mister de ordenação social. Após se posicionar em sentido oposto ao defendido pelo realista norte-americano, a própria ideia de Frank de que a segurança é uma busca ingênua por proteção acaba sendo qualificada como ingênua e desprovida de bases científicas.³⁷⁷

Parece-nos, neste ponto, que a busca por respostas para problemas como segurança jurídica e isonomia no uso dos precedentes é levada por uma consideração do sistema em abstrato, ignorando que a prática revela a inadequação do sistema para atingir os fins buscados. Por outro lado, a análise feita do direito dos estatutos, conforme a prática pátria, não é feita da mesma forma abstrata e misericordiosa mas, principalmente, sobre os problemas e vicissitudes cotidianos que sofremos. Seria equivalente aos ingleses ou americanos, observando os problemas do *common law*, começarem a difundir a aplicação mais forte de um sistema legislado como sendo a resposta para seus problemas, o que para nós seria motivo para considerá-los um tanto quanto ingênuos.

A alteração do foco da lei para o precedente pode parecer encantador, simplesmente por ser algo novo, do qual muito pouco ou quase nada se falava até algum tempo. Contudo, a experiência nos países do *common law* mostra que não há evidências para

³⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm. 2017, p. 95.

³⁷⁶ FRANK, Jerome. **Law in the modern mind**. London: Stevens and Sons, 1949, p. 104-106.

³⁷⁷ MACÊDO, *op. cit.*, p. 96

constatar que haja uma predeterminação maior dos resultados. Sobre o tema, apontam Lindquist e Cross³⁷⁸:

Precedentis thus no strait jacket. On occasion, it may be simply ignored or overruled if it does not come from a superior court. More frequently, when a judge wishes to avoid a previous ruling, the precedent is distinguished. A court has discretion in the principles it extracts from prior precedent, which may be broad or narrow. Depending on the breadth of the principle, the court may find that the prior decision does or does not control the facts before it in the present case. Although the language of the precedential opinion will illuminate the nature of the principles on which it relies, the subsequent court may even dismiss some of that language of the prior case as dicta, which does not form the basis of a binding precedential rule.³⁷⁹

O precedente, desta maneira, pode ser afastado da incidência no caso, acarretando, entretanto, o ônus argumentativo ao magistrado que pretende divergir da decisão anterior. É como expõe Duxbury³⁸⁰:

The precedent is something to be reckoned with: it is, Schauer's language, na 'articulated characterization' which places on the judge an 'argumentative burden' – the burden, that is, of saying, how the precedent ought to be treated. If a judge says that the precedent should not be followed. Refusal to follow a precedent is thus analogous to refusal to comply with a moral obligation, such as keeping a promise: the obligation is not absolute, but justifiable refusal to comply must be supported by certain kinds of reason.³⁸¹

A crítica feita por Lopes Filho³⁸² ao mito da segurança jurídica na vinculação aos precedentes merece reprodução:

Tentar alcançar a previsibilidade exegética mediante uma ingênua crença na vinculação é um grande equívoco. Essa é a razão para se criarem instrumentos acessórios de constrangimento da atividade do juiz, tais como a ideologia de subordinação hierárquica, difundindo a ideia de que as decisões de primeiro e segundo grau – não importam, bem como os mecanismos de punição administrativa para os recalcitrantes; tudo a revelar não a força do precedente, mas sua fraqueza e debilidade.

³⁷⁸LINDQUIST, Stefannie; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin's chain novel: Studying the path of precedent. *New York University Law Review*, vol. 80, n. 4, 2005, p. 1163-1164.

³⁷⁹ Um precedente não é, portanto, uma camisa de força. Dependendo da ocasião, ela pode ser simplesmente ignorada ou sobreposta se ela não vem de uma corte superior. Mais frequentemente, quando um juiz deseja evitar uma decisão anterior, o precedente é reconhecido. A corte tem discricção sobre os princípios que ela extrai de precedente anterior que podem ser amplos ou limitados. Dependendo da amplitude do princípio, a corte pode achar que a decisão anterior dá ou não conta dos fatos precedentes no caso em questão. Embora a linguagem da opinião precedente traga luz sobre a natureza dos princípios em que se baseia, a corte subsequente pode mesmo recusar parte dessa linguagem do caso anterior como prescrita, que não mais conforma a base de uma regra precedente obrigatória (Tradução nossa).

³⁸⁰ DUXBURY, 2008, p. 113.

³⁸¹ O precedente é algo com que se deve contar: no dizer de Shauer, uma "representação articulada" que coloca no juiz uma "responsabilidade de argumentação" – a responsabilidade que é, digamos, como o precedente tem obrigação de ser tratado. Se um juiz diz que um precedente não deve ser seguido. A recusa a seguir um precedente é semelhante a recusar a concordar com uma obrigação moral, como cumprir uma promessa: a obrigação não é absoluta, mas uma recusa justificável em concordar deve estar embasada em motivos de peso (Tradução nossa).

³⁸² LOPES FILHO, 2016, p. 122.

Tal ocorre tendo em vista que os precedentes não têm qualquer característica que possa garantir uma previsão total do resultado do julgamento. São produtos de interpretação, divergências, imprecisões e lacunas, assim como o sistema da lei escrita parece, assim como previa Hart³⁸³ que a textura aberta das normas é aplicável tanto à lei quanto ao precedente.

Um dos problemas mais elementares da lógica dos precedentes refere-se às matérias novas, sobre as quais não há decisões prévias para guiar o julgador. São os chamados *cases of first impression* (casos de primeiras impressões). Nesses casos, apresenta-se uma imensa liberdade do juiz na determinação da norma que regerá o caso, ocorrendo a consequência lógica de que a decisão gera direito novo, ou seja, a parte é julgada por um direito inexistente à época do fato, ou seja, a completa imprevisibilidade do sistema. Também ocorre isso nos casos em que o juiz aplica a técnica da *distinguish*, afastando a incidência de um precedente e julgando por suas convicções.³⁸⁴

Para Dworkin, o problema dos *cases of first impression* não existiria, pois o juiz estaria limitado pelas decisões mais básicas e primárias do sistema, mesmo quando as mesmas só tenham uma ligação extremamente remota com o caso.³⁸⁵

O argumento de Dworkin nos parece muito fraco para rechaçar a ideia de que, em se tratando de casos de *first impression*, a norma jurídica é aplicada de forma retroativa e não há qualquer previsibilidade jurídica. O sujeito que está a ser processado não podia ter noção de que a ação ou omissão a ele imputada tinha determinada consequência jurídica, que só será decidida pela corte *a posteriori*.

Os casos de *first impression* seriam uma grande lacuna na chamada *Chain Novel* de Dworkin, já estudada anteriormente, visto que seria o capítulo inicial do livro, sem grandes amarras, consistindo em situação bem mais frequente do que se possa esperar. Assim, fazemos nossas as críticas de Lopes Filho³⁸⁶:

É certo que mesmo o modelo de *chain novel* proposto por Dworkin tem suas limitações. O multicitado trabalho de Stefanie Lindquist e Frank Cross tem por objeto justamente submetê-lo a um teste empírico que evidenciou algumas variações. Concluem que o precedente realmente evita que os magistrados julguem segundo sua perspectiva ideológica própria, a qual se faz mais evidente nos casos de *first impression*. Rejeitam, porém, a tese de Dworkin de que o incremento dos números de precedentes tenderá a uma redução dessa influência pessoal, dada a maior disponibilidade de opções a serem utilizadas.

³⁸³ HART, 2009, p. 126.

³⁸⁴ LOPES FILHO, 2016, p. 103.

³⁸⁵ DWORKIN, 2010, p. 178.

³⁸⁶ LOPES FILHO, *op. cit.*, p. 125.

A questão da relativa flexibilidade da vinculação do precedente, tratando inclusive de suas diferenças do sistema norte-americano para o inglês, com as possibilidades de distinção, *overruling* ou simplesmente ignorar o precedente, já foi tratada aqui anteriormente. Pelo que devemos tratar de questão similar que cuida da estabilidade e continuidade do precedente através do tempo, pois, para que seja o sistema de precedentes dotado da previsibilidade buscada pela segurança jurídica, deve ele se manter estável e contínuo através do tempo.

Existem alguns precedentes que realmente têm grande estabilidade e se perpetuam pelo tempo. Esses são denominados pela doutrina como sendo super precedentes, que ficam restritos aos casos bastante emblemáticos, como o famoso *Marbury versus Madison*, que inaugurou o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos. Sobre este tipo de caso, assevera Gerhardt³⁸⁷:

Courts have long recognized that some precedents are so well settled as to be beyond reconsideration. An early opinion from the King's Bench declared, "Those things that have so often been adjudged ought to rest in peace". In *Stuart v. Laird*, the *Supreme Court* expressed a similar sentiment when it upheld the constitutionality of Congress' requiring justices to ride circuit because "that practice and acquiescence under [the constitution] for a period of several years, commencing with the organization of the judicial system, affords an irresistible answer, and has indeed fixed the construction. It is a contemporary interpretation of the most forceful nature. This practical experience is too strong and obstinate to be shaken or controlled, and ought not now to be disturbed."³⁸⁸

Em sistemas baseados na criação judicial do direito, não haveria, em regra, uma estratificação de importância entre precedentes ou eleição de patamar superior como ocorre, por exemplo, com a matéria relacionada aos direitos fundamentais, conforme previsto em nossa Constituição. Ou seja, a proteção especial e a vedação ao retrocesso são questões a serem consideradas e têm nos "superprecedentes" uma possível solução.

Dentro do sistema de precedentes, portanto, a estabilização de alguns pontos centrais é o papel dado aos chamados superprecedentes, que serão utilizados como base em decisões posteriores e, salvo uma situação extraordinária, os mesmos não serão ignorados e nem sofrerão distinção ou superação.³⁸⁹

³⁸⁷ GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 177.

³⁸⁸ Há muito tempo que as cortes reconheceram que alguns precedentes se encontram tão bem estabelecidos que estão fora de reconsideração. Na recente opinião do King's Bench: "As coisas que foram tão frequentemente sentenciadas devem obrigatoriamente ficar em paz". No caso *Stuart x Laird*, a Suprema Corte expressou um sentimento similar quando sustentou a constitucionalidade do Congresso requerer à justiça fazer repetidas viagens porque "esta prática e aquiescência da constituição pelo período de muitos anos, iniciada com a organização do sistema judiciário, aporta uma resposta irresistível e de fato estabeleceu sua interpretação". É uma interpretação contemporânea da mais eficaz natureza. Esta experiência prática é demasiado forte e obstinada para ser abalada ou controlada e não pode ser interrompida agora (Tradução nossa).

³⁸⁹ GERHARDT, *op. cit.*, p. 177-200.

Quanto aos demais precedentes, o estudo realizado por Michael Gerhardt demonstra que eles tendem a durar, em média, o mesmo que o mandato de um membro da suprema corte norte-americana, cerca de vinte anos, o que demonstra que uma vez renovada a corte, ela tenderá a rever as decisões anteriores e superar os precedentes.³⁹⁰

Tal constatação é uma consequência do próprio mecanismo de funcionamento dos precedentes. A abrangência e o significado dos mesmos, que dependem da descoberta de sua *ratio decidendi* e sua interpretação, não é, de modo algum, uma ciência exata e delimitada como querem os defensores dos precedentes à brasileira. O ponto da interpretação e utilização do precedente como fundamento das decisões judiciais será melhor exposto na seção seguinte.

A interpretação dos precedentes, dessa forma, é tão difícil como a da lei e cabe não ao órgão que produziu a decisão anterior, mas ao órgão jurisdicional que proferirá decisão em caso futuro, ou seja, a lógica que persiste é a mesma do sistema da lei escrita, ocorrendo apenas a mudança do produtor da norma base do Legislativo para o Judiciário.

Esse efeito tem ligação estreita com o uso contínuo do precedente e sua construção de sentido, assim como na norma escrita. Sobre o tema, aponta Gerhardt³⁹¹:

The meaning of a precedent depends more on what subsequent justices think (and say) it means than on what the justices were thinking (and saying) when they created it. Consequently if a precedent has never been cite or followed by the Court, it has no network effects, and generates no meaningful power to constrain. Indeed, there were no network effects for *Gonzales v. Carhart* and *FEC v. Wisconsin Right to Life* to follow: They were the Court's first opportunity for a majority to determine the meaning and significance of *Stenberg* and *McConnell*, respectively. The absence of network effects made it easy for the Court to deviate from latter precedents.³⁹²

Vê-se que esse ponto explorado por Gerhardt traz uma nova indeterminação ao sistema de precedentes. O precedente é extremamente dependente da vontade das cortes supervenientes em segui-lo, para que ele ganhe uma rede de efeitos interpretativos que lhe dará real forma e força obrigatória. Portanto, a força do precedente não surge majoritariamente do fato de eles serem obrigatórios em decorrência do *stare decisis*, até porque, como já visto, o sistema de precedentes é muito anterior a essa obrigatoriedade. É mais dependente da concordância dos juízos que irão se deparar com o precedente, podendo

³⁹⁰ GERHARDT, 2008, p. 177-200.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 200.

³⁹² O significado de um precedente depende mais do que a justiça pensa (e diz) sobre seu significado posterior do que a justiça estivesse pensando (e dizendo) quando o criou. Consequentemente, se um precedente não foi jamais citado ou seguido pela Corte ele não tem efeitos em cadeia e não gera poder significativo para constranger. De fato, não se observou qualquer efeito em cadeia após *Gonzales x Carharte* *FEC x Wisconsin Right to Life*. Eles foram a primeira oportunidade da Corte para obter maioria para determinar o significado e importância de *Stenberg* e *McConnell*, respectivamente. A ausência de efeitos em cadeia tornou fácil para a Corte desviar-se de precedentes posteriores (Tradução nossa).

escolher ignorá-lo, distingui-lo, superá-lo, dentre outras várias hipóteses, ou realmente construir seu significado e lhe dar efetividade.

Ocorre na doutrina dos precedentes, assim, de um julgado não produzir efeitos significantes em caso futuro, ou seja, fenômeno bem similar ao de algumas leis que, como se diz na linguagem popular, “não pegam” ou “não vingam”, o que pensávamos ser como jabuticabas e só existirem no Brasil.³⁹³

Com essas observações, é possível concluir que os vários séculos de experiência com o sistema de precedentes nos países do *common law* demonstram que o *stare decisis* não é meio hábil para se alcançar a segurança jurídica, fundada na previsibilidade que é buscada como solução para os problemas brasileiros.

Vincular a força que adquire o precedente no sistema do *common law* como decorrente do seu efeito vinculante dado pelo *stare decisis* é uma visão extremamente limitada e deturpada do funcionamento daquela tradição jurídica.³⁹⁴ A real força dos precedentes está fincada na prática judiciária reiterada dos julgados, não por imposição hierárquica de um tribunal, mas por uma evolução histórica que gera convergência de pensamentos acerca de determinadas matérias que passam a fazer parte do costume judiciário em segui-las, até que se mostre não mais indicado fazê-lo.³⁹⁵

O fato de os juízes do *common law* respeitarem determinados precedentes é fruto do desenvolvimento daqueles dentro da comunidade jurídica através do uso recorrente em julgamentos subsequentes, que se baseiam na crença, por parte dos julgadores, na necessidade de fundamentar sua decisão à luz do que já foi anteriormente tratado acerca do tema, seguindo-se o modelo da *chain novel* de Dworkin.³⁹⁶

A tradição em seguir os precedentes, que pode ser traduzida como jurisprudência íntegra, é pressuposta da aplicação do *stare decisis*, que funciona mais como cláusula de fechamento que internaliza o costume no sistema.³⁹⁷ Portanto, a integridade da jurisprudência e coerência do sistema através do costume em seguir julgados anteriores não é fruto do *stare decisis* e da força obrigatória destas decisões, mas pressuposto básico de seu funcionamento.

O funcionamento desse costume em seguir precedentes, por sua vez, tem como pressuposto a fundamentação da decisão em uma estrutura produtora de um precedente que

³⁹³ STRECK, 2012, p. 15-30.

³⁹⁴ LINDQUIST; CROSS, 2005, p. 50-100.

³⁹⁵ DWORKIN, 1985, p. 1-15.

³⁹⁶ DWORKIN, *loc. cit.*

³⁹⁷ MEDINA, 2013, p.1.

possa ter sua análise realizada claramente pelos julgadores posteriores, para produzir o real sentido do precedente a partir de sua sucessiva interpretação. Nesse sentido, expõe Medina³⁹⁸:

Um modelo precedentalista depende, sobretudo, da mudança de atitude dos juízes, não no sentido deste dever obediência ao precedente, mas, especialmente, no sentido de se produzir julgados modelares, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos. Esse é o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas.

Portanto, para além das alterações legislativas, que já tivemos com o advento do novo Código de Processo Civil, prevendo o dever de integridade e coerência e o foco no dever de fundamentar, se faz urgente uma modificação no modo de julgar e na própria formação jurídica, para que os precedentes possam ser um instrumento agregador para nosso ordenamento.

Sobre a possibilidade dos precedentes servirem como instrumento de segurança jurídica, é válido reproduzir a reflexão feita por Lucas Buriil³⁹⁹, utilizando-se da analogia da faca afiada de Joseph Raz, vejamos:

A esta altura, cabe destacar uma interessante analogia. Uma qualidade atribuída às facas bem-feitas é ser afiada, logo, uma boa faca é aquela que, acima de tudo, corta bem. Ainda que a faca seja utilizada para maus propósitos, não se pode dizer que a faca é ruim. Algo semelhante acontece na relação entre direito e segurança jurídica: a segurança jurídica é elemento intrínseco da qualidade do ordenamento jurídico, como forma de organização social, é indispensável que o princípio da segurança atue em um grau mínimo para que haja juridicidade, apesar de não se poder dizer que um sistema jurídico seguro seja moralmente ou substancialmente valoroso. O *stare decisis* é meio de tornar o Direito mais seguro, tornando relevantes elementos ligados à própria aplicação da norma e criando ônus argumentativos importantes para a construção racional das normas jurídicas. O respeito aos precedentes é uma forma fundamental de dar coerência ao Direito. Assim como a segurança, principal princípio na concretização do sistema de precedentes obrigatórios, seu valor é instrumental. Mais ainda: o *stare decisis* é instrumento para tornar a segurança mais forte. Retomando a analogia realizada, os precedentes obrigatórios seriam uma pedra de amolar, servem efetivamente – caso seja bem utilizada – para manter a faca bem afiada, e assim para que seja uma boa faca, mas não pode garantir que será utilizada para bons propósitos. Seguir precedentes não pode garantir da mesma que negá-los, a aplicação da melhor ou mais justa norma jurídica possível.

Passa-se, nessa perspectiva, para uma feição diversa da segurança jurídica, que estaria baseada na possibilidade de controle democrático da decisão ante a obediência ampla ao dever de fundamentação que possibilite o sistema a convergir para uma coerência.

³⁹⁸ MEDINA, 2013, *online*.

³⁹⁹ MACÊDO, 2017, p. 113-114.

É deste modo que passaremos para o estudo da motivação das decisões judiciais enquanto dever constitucional do julgador, retirando dele diversas premissas que vão incidir diretamente na concepção e uso dos precedentes no Direito brasileiro.

4 O DEVER CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O USO DO PRECEDENTES

Como já explicitado no primeiro capítulo e por diversas ocasiões até este ponto do trabalho, observa-se a perspectiva de que há uma prática do uso normativo dos precedentes que revela diversos vícios, mesmo diante das prescrições do novo CPC, diretamente vinculada com uma deficiência de fundamentação nas decisões judiciais, além da perspectiva doutrinária que embasa tal prática e que esta obra já apresentou várias críticas relacionadas.

Este capítulo explorará os tópicos referentes à motivação das decisões judiciais, envolvendo também perspectivas da hermenêutica jurídica, teoria do direito e teoria da argumentação, na busca de parâmetros para o controle da atividade jurisdicional, que tanto tem assumido poderes no advento neoconstitucionalista e que necessita de limitação para que seja legítimo dentro de um Estado de Direito Democrático.

A fundamentação das decisões judiciais consiste, portanto, em um ponto central de garantia dos cidadãos e instrumento de controle do estado-juiz, pelo que se pode ligá-la de forma direta à cláusula do devido processo legal em sua perspectiva substancial. Um dos motivos para tal é a ausência de participação popular na investidura de juízes, desembargadores e ministros em seus cargos, tomando perspectiva central uma vez que diante da força normativa da constituição - em que se baseia o constitucionalismo contemporâneo - o papel do Judiciário se amplia para novos horizontes, conforme já explorado no segundo capítulo do presente estudo.

A motivação adequada das decisões pode servir como parâmetro de modificação da atitude do julgador para produzir decisões que realmente possam servir de modelo posterior cuja demonstração de pertença ao ordenamento jurídico é bem embasada e fundamentada, levando em conta nos seus fundamentos o histórico interpretativo de casos semelhantes. Tal atitude é ponto de partida inicial para que se possa ter um sistema jurisprudencial de coerência suficiente para que seja possível um sistema de vinculação jurisprudencial similar ao *stare decisis*.⁴⁰⁰

Esta seção iniciará com algumas considerações de natureza hermenêutica e linguística que por si só já trazem consequências ao uso do precedente, como também geram premissas que fazem parte de toda a tônica do conteúdo do princípio da motivação. Em seguida exploramos a origem e o significado do dever de motivar, para na última parte

⁴⁰⁰MEDINA, 2013, *online*.

abordar alguns parâmetros que podem servir de base para o controle argumentativo da decisão judicial e que geram consequências no uso dos precedentes.

4.1 Interpretação e Aplicação: apontamentos sobre hermenêutica, linguística e papel criador do juiz

Cabe neste primeiro momento se aprofundar no estudo do conteúdo dos fundamentos, principalmente na perspectiva da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, servindo-nos de uma visão mais ampla e interdisciplinar, para melhorar e aclarar o papel desempenhado pelo juiz na decisão judicial, partindo da relação entre texto legislativo e norma jurídica.

A hermenêutica tradicional parte da separação dos poderes como concebida em Aristóteles, Locke e Montesquieu para conceber funções estanques do Legislativo e do Judiciário, de forma a que o Legislativo teria o papel de elaborar as leis e o Judiciário de aplicá-las.

A teoria foi bem aceita na França do período pós-revolução francesa, com o intuito de que servia bem aos propósitos da época, visto que os revolucionários podiam controlar a elaboração das leis, mas sua aplicação seria realizada pelos mesmos juízes do período absolutista, que não poderiam ser todos substituídos imediatamente por questões práticas.⁴⁰¹

A chamada Escola da Exegese, assim, se fincava na interpretação meramente gramatical e casava muito bem com o crescente positivismo jurídico influenciado pelo racionalismo cientificista do período iluminista.⁴⁰²

Esta concepção vigorou durante muito tempo e pode-se dizer que ainda vigora, pois mesmo após o chamado giro linguístico da hermenêutica filosófica ainda se tem arraigada na cultura jurídica, principalmente no que concerne às decisões judiciais, o sentimento de que se interpreta o texto legal para encontrar-se a norma que lá jaz escondida, guardando a vontade do legislador.⁴⁰³

Pode-se afirmar, inclusive, que nosso sistema de Estado de Direito concebe-se, fundamentalmente, na premissa de que viveríamos sob o império de uma legislação elaborada por representantes eleitos da sociedade e cujo conteúdo seria previamente conhecido por todos.

⁴⁰¹ LACOMBIE, 2003, p. 50-70.

⁴⁰² LACOMBIE, *loc. cit.*

⁴⁰³ ABBOUD; STRECK, 2013, p. 20-40

O papel do juiz seria, então, eminentemente técnico de conhecimento da legislação criada pelo Poder Legislativo para aplicá-las aos casos concretos de acordo com o método da subsunção do fato hipotético previsto na norma posta em juízo. Ou seja, de modo algum o juiz estaria elegendo condutas no sistema, ou participando do sistema decisório da legislação do Estado, apenas aplicando-as, reproduzindo a vontade da lei.

Para que este sistema possa se mostrar possível, é necessário supor que o Legislativo elabora a norma de conduta por completo, pronta para incidir em casos concretos, e que o magistrado conheceria de seu conteúdo direta e objetivamente, aplicando-a tal qual desejado pelo Legislador.⁴⁰⁴

A própria interpretação é vista, neste contexto, como algo pernicioso que deve ser evitado ao máximo, ficando patente essa posição no brocado desenvolvido pela escola de exegese: *in claris cessat interpretatio* (o que está claro não se interpreta). O Judiciário é visto como um “mal necessário”, que deve ser contido ao máximo por meio da farta legislação, o que leva, à época do auge da escola da exegese, à edição de Códigos Civis com dezenas de milhares de artigos sob a proposta de tentar regular por completo a vida em sociedade.⁴⁰⁵

Pode-se observar que todo o ideário iluministas e faz fortemente presente nesta concepção pautada na crença exacerbada na racionalidade humana e de uma teoria da comunicação eminentemente objetiva, crendo na perfeição da comunicação escrita para transmitir a vontade legislativa (se é que se pode dizer que isso exista), através do tempo, ao aplicador do Direito.⁴⁰⁶

Nesta teoria, há a coincidência biunívoca entre norma jurídica e texto normativo, o que já se tem por bastante demonstrada como falaciosa pela doutrina jurídica atual. Tal aspecto pode ser observado através de constatações linguísticas acerca do texto e sua interpretação.⁴⁰⁷

Do ponto de vista da linguística, a coincidência biunívoca entre norma e texto pressupõe a coincidência biunívoca entre signos linguísticos e coisas materiais. Ou seja, uma concepção arraigada de uma linguística “designacionista”.⁴⁰⁸

A concepção “designacionista” da linguagem consiste em conceber essa como um constante ato de rotular coisas empiricamente constatáveis, ou seja, a linguagem seria sempre

⁴⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da Justiça do Trabalho**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009, p. 20-60.

⁴⁰⁵ LACOMBIE, 2003, p. 50-70.

⁴⁰⁶ LACOMBIE, *loc. cit.*

⁴⁰⁷ GUERRA, *op. cit.*, p. 20-60.

⁴⁰⁸ GUERRA, *loc. cit.*

referente as coisas que podemos constatar empiricamente e que damos nomes para nos referirmos.⁴⁰⁹

Tal formato de linguística tem suas origens filosóficas no essencialismo Platônico, que concebe a dualidade entre mundo das ideias e mundo das coisas, e que é corroborada mais tarde pelas teorias do método científico cartesianas da dualidade entre corpo e espírito, que tanto influencia as concepções jurídicas positivistas e nos projetam um olhar da ciência pelo método das ciências naturais. Esta passagem da obra de Santo Agostinho⁴¹⁰ relata bem esta teoria linguística:

Quando eles (os meus pais) diziam o nome de um objeto e, em seguida, se moviam na sua direção, eu observava-os e compreendia que o objeto era designado pelo som que eles faziam, quando o queriam mostrar ostensivamente. A sua intenção era revelada pelos movimentos do corpo, como se estes fossem a linguagem natural de todos os povos: a expressão facial, o olhar, os movimentos das outras partes do corpo e o tom de voz, que exprime o estado de espírito ao desejar, ter, rejeitar ou evitar uma coisa qualquer. Assim, ao ouvir as palavras repetidamente empregues nos seus devidos lugares em diversas frases, acabei por compreender que objetos é que estas palavras designavam. E depois de ter habituado a minha boca a articular estes sons, usava-os para exprimir os meus próprios desejos.

Esta perspectiva reducionista da linguística como mera rotulação de coisas foi superada pela constatação da autonomia das palavras para produzir atos no mundo e pela constatação de essas podem variar de significado de acordo com a situação em que são utilizadas, é a chamada corrente contextualista da linguagem.

O caráter autônomo das palavras é bem explorado por John Langshaw Austin em sua obra *How do to things with words* (Como fazer coisas com palavras). A crítica de Austin dirige-se à redução da linguagem à mera descrição de um estado de coisas (constatações) ou enunciação de fatos, que podem ser qualificados como verdadeiros ou falsos de acordo com a ocorrência no mundo dos fatos. Austin exemplifica situações como jurar, batizar e apostar em que a ação básica a que se refere a ação consiste em proferir palavras, ou seja, atos em que a “coisa” em si é a comunicação e que não operam segundo a lógica de designação da realidade empírica, sendo assim atos de fala “realizativos” (*performative*). Logo, o caráter arbitrário dos enunciados previsto por Austin se contrapõe à perspectiva de uma hermenêutica capaz de conferir soluções matemáticas às ambiguidades da linguagem, ou seja, nega-se a possibilidade de objetivação abstrata de conceitos jurídicos.⁴¹¹

⁴⁰⁹ GUERRA, 2009, p. 20-60

⁴¹⁰ SANTO AGOSTINHO *apud* WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 171.

⁴¹¹ AUSTIN, John Langshaw. **Cómo Hacer Cosas con Palabras**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990, p. 41-53.

A expressão maior do contextualismo linguístico é, provavelmente, a obra do segundo Wittgenstein, principalmente seu livro “Investigações Filosóficas” em que divulga sua teoria dos Jogos de Linguagem.⁴¹²

Wittgenstein, nesta segunda fase, sai da perspectiva de buscar uma definição do que seria a linguagem para focar-se no funcionamento da linguagem, visto que “o sentido de uma palavra é seu uso na linguagem”.⁴¹³ Dessa maneira, o filósofo concebe o uso das palavras no contexto de jogos de linguagem, cada um com suas regras específicas, que estabelecem o papel das expressões na linguagem naquele determinado contexto. O significado depende diretamente do contexto em que se insere e a palavra não teria, assim, significado autônomo.

Tendo em conta todas essas concepções linguísticas, que compõem a virada hermenêutica, temos que colocar em xeque a concepção meramente declaratória da atividade jurisdicional. Sobre o tema, a lição de Humberto Ávila em prefácio na obra de Bustamante⁴¹⁴:

Os estudos de Teoria Geral do Direito passam, especialmente no Brasil, por um momento crucial. Antigamente, era preciso saber se a interpretação era, ou não, construtiva; se a interpretação literal era, ou não, possível; se as normas poderiam, ou não, ser aplicadas mediante subsunção; se havia, ou não, mais de uma solução interpretativa; se a interpretação envolvia, ou não, um ato de vontade na escolha entre várias razões conflitantes. Essas interrogações precisavam ser respondidas. E foram: a interpretação é, sim, essencialmente construtiva, ponderativa e subjetiva. Restou, porém, o mais difícil: saber como e com base em que parâmetros deve ser construída a norma, devem ser ponderadas as razões e poder ser controlada a subjetividade no processo de aplicação do Direito. Sobre essas questões, que são essenciais, o jurista não pode emudecer.

Isso não significa, contudo, que o texto não significa nada e pode ser livremente moldado pelo aplicador, visto que há sempre um campo de determinação de algumas palavras que não pode ser atingido.

Onde houver, entretanto, ambiguidade ou vagueza das expressões linguísticas utilizadas nos textos, dele poderá se retirar tantas normas quanto forem os significados possíveis das expressões. Assim, o juiz atuará escolhendo diretamente quais desses significados fazem ou não parte da norma. Sobre o tema, disserta Perelman⁴¹⁵:

Como o poder de decisão do juiz varia na mesma proporção da vaguidade dos termos da lei, é normal que ele se utilize deste poder para conceber o direito como aquilo que é efetivamente: um meio para realização de certas finalidades políticas e

⁴¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 150-210.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 207.

⁴¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem**: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

⁴¹⁵ PERELMAN, Chaïm. **A Teoria Pura do Direito e a Argumentação**. (20--). Trad. Cassio Scarpinella Bueno. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/traducoes/trad-1.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019, *online*.

sociais. Se tal poder de interpretação é passível de limitação em certas matérias pelo órgão de cúpula do Judiciário, como se dá com o direito penal, por exemplo, é da maneira como aquele Tribunal compreende o papel do juiz no interior do sistema jurídico que depende a extensão deste poder. Não se pode negar que a concepção desta função tem se alterado muito nos últimos cento e cinquenta anos e que as Cortes de Cassação francesa e belga tomem em relação ao texto do *Code Napoléon* liberdades inimagináveis no início do século passado.

Outro ponto importante acerca da variação das palavras é a chamada estrutura radial de determinadas palavras, que é bem explorada pelo professor George Lakoff. Algumas palavras possuem uma categoria central de significado, mas também a ela se adicionam diversas categorias de significado que decorrem do núcleo da categoria central, mas constituem variações fáticas do seu significado. Tal ideia pode ser exemplificada com a palavra “mãe”, cujo caso central é a mãe que deu a luz à criança, que carrega sua carga genética e será por ela amamentada e criada. No entanto, muitos outros tipos de “mãe” são conhecidos hoje, como: a madrasta, a mãe adotiva, mãe genética, mãe de nascimento, mãe de aluguel etc.⁴¹⁶

Quando temos no texto normativo expressões de caráter radial como exemplificado com a expressão “mãe”, quais subcategorias estariam inclusas na norma gerada e quais estariam excluídas, é algo que será objeto de escolha do magistrado.⁴¹⁷

A comprovação de que o texto está sempre sendo interpretado e tendo uma construção normativa constante da qual os tribunais são parte integrante fundamental traz novas perspectivas de controle da decisão judicial.

Estas perspectivas revelam que o juiz faz escolhas no momento em que interpreta o texto e, assim, produz determinada norma que incidirá no caso concreto, emanada de um ato de vontade, que deve ser objeto de controle em um Estado de Direito levando a um campo que podemos chamar de justificação da decisão.⁴¹⁸

A atividade judicial vista desse modo põe em xeque a concepção de separação estanque dos Poderes, demonstrando a atividade criativa de participação do juiz na elaboração da norma, ou seja, o poder Judiciário está, por fim, exercendo atividade política e não meramente técnica jurídica, como queria demonstrar a Escola da Exegese. Tratando-se de

⁴¹⁶ LAKOFF, George. **Women, Fire and Dangerous Things**. Chicago: University of Chicago Press, 1987, p. 91-115.

⁴¹⁷ LAKOFF, *loc. cit.*

⁴¹⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**, Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2000, p. 5-15.

atividade política, deve também responder por controles de legitimidade para manter-se de acordo com os valores vigentes na sociedade.⁴¹⁹

Essas afirmações levam à conclusão que, tanto o precedente judicial, como a lei escrita, consistem em textos que serão interpretados e só dessa interpretação é que será revelada a norma jurídica propriamente dita que regerá o caso. Dentro dessa atividade interpretativa, devido ao contexto ambíguo que é natural à linguagem, há um campo determinado, mas também há um determinado grau inescapável de indeterminação. Essa indeterminação será resolvida pelo aplicador da norma que, neste momento, realiza atividade criadora e esta escolha que dará fim à indeterminação é que merece controle para garantir sua pertinência ao ordenamento jurídico. A própria legitimidade da decisão judicial, em um Estado Democrático de Direito, está diretamente vinculada a esta noção de demonstração, através da fundamentação, que as escolhas interpretativas não guardam coerência com o ordenamento.

O precedente não leva, portanto, qualquer vantagem em relação à lei escrita na questão de poder gerar uma interpretação unívoca sobre a aplicação do texto aos casos concretos, visto que ambos têm a mesma forma de comunicação, o texto escrito, que tem limites próprios para transmissão de conteúdo.

4.2. O Dever de Motivação das Decisões Judiciais

Passamos, então, no presente estágio deste trabalho, à análise do dever de motivação ou fundamentação inerente às decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Iniciaremos por uma visão evolutiva da construção do conceito para após desembocar em uma análise normativa mais concreta ligada às normas do CPC de 2015.

4.2.1 Origem e Definição do Dever de Fundamentar

O princípio constitucional da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais esteve, durante muito tempo, em um campo de grande indeterminação, principalmente devido ao descaso da doutrina processual clássica para com a revelação do real sentido e alcance desta garantia fundamental.

As definições da motivação trazidas nos clássicos não iam além de noções tautológicas, como a obrigatoriedade de revelar os motivos ou razões de decidir ou até o processo lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão.⁴²⁰

⁴¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 10-30.

O estudo da decisão judicial como fenômeno de intensa complexidade é um desafio para os juristas, principalmente devido ao seu caráter inevitavelmente multidisciplinar, pelo que até os trabalhos publicados pelo processualista italiano Michelle Taruffo⁴²¹, pode se considerar que não havia tantos estudos esclarecedores, que realmente explorassem com profundidade o tema da motivação. Sobre este desinteresse dos juristas sobre as perspectivas não estritamente jurídicas, aponta Taruffo⁴²²:

[...] el acentuado desinterés del jurista en relación con los componentes no jurídicos de los problemas que enfrenta, termina por reducir considerablemente, mucho más de lo que se deriva de la intrínseca complejidad misma de los problemas, el peso de las soluciones que son propuestas en el plano mismo de la investigación jurídica.⁴²³

Outro ponto, que gerou dificuldade no estudo da motivação, consiste na confusão feita por alguns entre o discurso justificativo, ou seja, o conteúdo escrito da decisão prolatada pelo magistrado, e o conjunto de percursos psicológicos pelos quais teria passado a mente do magistrado até chegar à decisão.⁴²⁴

A perspectiva psicológica é extremamente nebulosa e quase impossível de ser determinada, além do que irrelevante para a finalidade de controle da decisão, pois o que se julga são a racionalidade e compatibilidade da mesma com o ordenamento jurídico, e não o método psicológico utilizado pelo magistrado para chegar a este ponto.⁴²⁵

É este o cenário em que se encontrava o estudo da motivação das decisões judiciais até a década de 1970, desvalorizada enquanto instituição histórica e garantia constitucional e tida, não como um grande princípio constitucional do processo, mas como mera repetição da legislação infraconstitucional, servindo de mero guia para juiz no desenvolvimento de seu mister.

O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, atualmente, é amplamente estudado tanto pela doutrina estrangeira como pela nacional, dentro do fenômeno de constitucionalização das garantias processuais, dentre as quais tem destaque como princípio geral e instituto democrático de legitimação das decisões do Poder Judiciário, visto

⁴²⁰TARUFFO, Michelle. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 6.

⁴²¹TARUFFO, *loc. cit.*

⁴²²*Ibidem*, p. 14.

⁴²³ O acentuado desinteresse do jurista em relação aos componentes não jurídicos dos problemas que enfrenta termina por reduzir, consideravelmente, muito mais do que se deriva da complexidade intrínseca dos problemas, o peso das soluções que são proposta no plano próprio da investigação jurídica (Tradução nossa).

⁴²⁴TARUFFO, *op. cit.*, p. 6.

⁴²⁵Um grande entrave a esta expressão do raciocínio é que nossa mente muitas vezes funciona por símbolos e imagens, e não por raciocínios lógicos propriamente ditos, como bem explorados por vários teóricos da sociologia e psicologia do imaginário, como Durand, Charles Taylor e Jung.

que age como garantia fundamental do cidadão em face do Estado em várias perspectivas. A ideia apontada aqui é bem explorada por Gustavo Binbenojm⁴²⁶ nos seguintes termos:

É louvável o esforço das teorias contemporâneas sobre democracia e direitos fundamentais no sentido do balizamento de um âmbito próprio de atuação da jurisdição constitucional, que a torne compatível com o sistema de separação e harmonia entre os poderes. Mais do que meros corretivos liberais do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões. Por evidente numa sociedade aberta e pluralista, tais decisões, embora definitivas, submetem-se, sempre, à crítica intersubjetiva, não apenas dos operadores profissionais do Direito como de todo e qualquer cidadão interessado.

Na visão de J.J. Canotilho, o princípio da motivação das decisões judiciais teria três funções principais: 1) controlar a administração judiciária; 2) evitar a arbitrariedade e o voluntarismo nas decisões judiciais e instituir a racionalidade argumentativa; 3) facilitar e possibilitar impugnações em sucedâneo recursal às partes.⁴²⁷

Analisando as funções anteriormente mencionadas, podemos apontar dois grandes aspectos da motivação: um endoprocessual, que concerne às partes e suas garantias processuais durante o litígio, e outro extraprocessual, que diz respeito a um interesse democrático de toda a sociedade no controle dos atos do Poder Judiciário.

A história do dever de motivar confunde-se com o próprio nascimento da tarefa de julgar, no entanto, em estágios mais primitivos, a justificativa do julgador se respaldava, muitas vezes, na fé religiosa, em revelações místicas ou sabedoria de inspiração divina. Um exemplo clássico está presente na parábola do julgamento do Rei Salomão, no caso das duas mães que disputavam a maternidade da mesma criança.⁴²⁸

A origem da obrigatoriedade de motivação é proveniente do Processo Civil Romano, mais especificamente do período denominado de *Extraordinaria Cognitio* (de 27 a.C. até a queda do Império), é durante esta fase que o processo judicial passa a ter caráter integralmente público, através dos julgamentos realizados pelos magistrados imperiais.⁴²⁹

O ato de julgar, no processo romano, não era especialmente comprometido com uma fundamentação racional ou expositiva, mas uma manifestação da vontade do soberano e

⁴²⁶ BINEBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 118.

⁴²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 667

⁴²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 20-25.

⁴²⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

do seu poder em primeiro plano. Contudo, com a instituição de um sistema judicial formal pelo imperador Otaviano Augusto, com a nomeação de magistrados que passavam a ser funcionários do Estado e investidos de poder delegado, surge o sucedâneo de impugnação recursal da *Apellatio*, buscando atingir a revisão do julgado por instâncias superiores. Em decorrência do surgimento do apelo é que se pode apontar em uma preocupação por parte dos magistrados em fundamentar suas decisões, tendo em vista a possibilidade de revisão superior.⁴³⁰

No Direito Canônico da baixa Idade Média, também se pode identificar o dever de fundamentar na obrigatoriedade da motivação da sentença de excomunhão. Porém, o motivo da obrigatoriedade era de simplesmente levar ao conhecimento do excomungado seus pecados, para que pudesse emendar sua conduta.⁴³¹

Durante o restante da Idade Média, os indícios acima apontados não obtiveram avanço, e sim retrocesso, com a instalação do período absolutista na Europa, em que o governante era dotado de poder pela graça divina, o que não coadunava com qualquer noção de satisfação de seus atos e decisões.⁴³²

Com a consolidação do Estado Moderno e das repúblicas europeias no século XVIII é que podemos observar o princípio da motivação das decisões como elemento essencial da jurisdição no Estado Democrático de Direito.⁴³³

Na França revolucionária iluminista, o dever de motivação das decisões judiciais é instituído como forma de quebra com o antigo regime absoluto, assim como uma garantia de transição de regime, essencialmente externa ao processo, ideológica e estratégica, visto que ante a inviabilidade em se substituir todos os magistrados do antigo regime imediatamente, obrigá-los a fundamentar suas decisões possibilitava que fossem fiscalizados pelo comando revolucionário.⁴³⁴

Por volta do mesmo período, em alguns dos Estados que no século seguinte iriam compor a Alemanha, passa a ser um direito das partes serem cientificadas acerca das razões de decidir. Entretanto, diferente do caráter ideológico que permeava o dever de motivar na França, a determinação alemã tinha nítido viés endoprocessual de direito concernente apenas às partes.⁴³⁵

⁴³⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-60.

⁴³¹ GOMES FILHO, 2001, p. 50.

⁴³² GOMES FILHO, *loc. cit.*

⁴³³ GOMES FILHO, *loc. cit.*

⁴³⁴ TARUFFO, 2006, p. 304.

⁴³⁵ *Ibidem*. p. 305

Na Itália ainda não unificada, em meados do século XVI, em alguns Estados como Florença e Piemonte, já se encontram algumas regras referentes à fundamentação das decisões, que iam de uma inicial perspectiva endoprocessual, concernente apenas às partes, até tornar-se uma perspectiva ideológica e se estender por todo o território italiano no século XVIII.⁴³⁶

O dever de motivar pode ser encarado sob duas grandes óticas, que já foram comentadas brevemente durante o início deste capítulo. Cabe, então, explorar um pouco mais sobre as vertentes que compõem este princípio dentro de nosso sistema jurídico.

O Estado Democrático de Direito expressa uma concepção sobre o exercício do poder estatal, que se expressa na sua limitação constante através dos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma estrutura em que o respeito à legalidade, a separação dos poderes e a inviolabilidade dos direitos são objetivo central da ordem jurídica constitucional.⁴³⁷

A concepção então demonstrada e vigente de Estado Democrático está intimamente ligada com a tarefa de expressar e publicizar as razões de cada decisão tomada pela autoridade estatal, de modo a possibilitar a verificação de compatibilidade com o sistema de direitos, podendo ser identificado, inclusive, como o “Estado que se justifica”.⁴³⁸

Nesta perspectiva, a motivação das decisões judiciais é garantia política básica da conformidade da atuação estatal, exercida pelo Poder Judiciário, com os preceitos da ordem constitucional. A lição de Gomes Filho⁴³⁹ é bem aceita e completa sobre o ponto:

Dito de outra forma, no Estado de direito os poderes públicos se exercem segundo um padrão de legitimação racional e objetiva, que transfere à apreciação da comunidade uma espécie de controle democrático e difuso sobre a racionalidade ou não-arbitrariedade do poder; daí ser possível afirmar que nesse tipo de Estado os poderes não estão apenas submetidos à lei, mas também e, sobretudo, são orientados por procedimentos que satisfaçam as exigências de uma correção argumentativa.

Podemos apreender que a legitimidade por justificação demanda um grau de consenso entre a atividade estatal e a opinião da sociedade sobre os objetivos e rumos que devem ser tomados.

Em verdade, o consenso é elemento essencial da formação de qualquer estrutura social em que haja um poder soberano na forma de Estado. Porém, há que se identificar a

⁴³⁶TARUFFO, 2006, p. 307

⁴³⁷GOMES FILHO, 2001, p. 70-80.

⁴³⁸BRÜGGEMANN, 1995, p. *apud* GOMES FILHO, 2001, p. 75.

⁴³⁹GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 76.

diferença entre esse consenso inicial de formação, denominado "consenso social", do consenso dado através da participação cotidiana da sociedade de forma democrática nos rumos da nação, o "consenso político".⁴⁴⁰

É no contexto do consenso político, característico do Estado Democrático, que se expõe a garantia da motivação, pois é através dela que a sociedade poderá ponderar acerca da conformidade entre a decisão e seus fundamentos com seus anseios e objetivos, albergados pela Constituição Federal.

Tendo em vista que o consenso político nos demais poderes do Estado é advindo do sufrágio popular, o que não acontece com os magistrados, a legitimidade de sua atuação deve ser provada em cada uma de suas decisões através da demonstração de racionalidade e conformidade com o ordenamento jurídico contemporâneo.

É assim que, para assegurar a legitimidade e conseqüente validade da motivação das suas decisões, deve o magistrado, para realizar a cognição adequada ao processo e aos anseios da contemporaneidade, manter suas decisões rentes à realidade social, através de uma visão global do momento histórico, social, econômico e cultural em torno da demanda.⁴⁴¹

O dever de fundamentar também está intimamente ligado ao Princípio da Legalidade, visto que só através da motivação é possível verificar o julgamento através do uso das leis vigentes e conferir acerca do processo interpretativo perpetrado pelo magistrado para chegar às conclusões presentes na decisão, explicitando os elementos de valoração dados pelo juiz.⁴⁴²

São essas as linhas gerais que fazem da motivação das decisões judiciais uma garantia política do Estado democrático, assegurando o controle do Poder Judiciário, a harmonia entre os Poderes, a legalidade das decisões, além da certeza e estabilidade do direito.

Em sua perspectiva processual, a motivação é requisito formal de todo e qualquer provimento judicial de cunho decisório, relacionada diretamente com os direitos das partes internas ao processo e a paridade de armas.

Um de seus objetivos mais intuitivos é a garantia da clareza, imparcialidade e conteúdo real da decisão judicial, permitindo que seja bem delimitada a extensão e objeto da coisa julgada, como também a fiel execução, espontânea ou forçada, do mandamento

⁴⁴⁰ WEBER, Marx. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 2004, p. 14-67.

⁴⁴¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 46

⁴⁴² TARUFFO, 2006, p. 351.

impresso no provimento, ou até a possibilidade de recurso contra a decisão atacada em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

É com a devida fundamentação que se pode aferir a real atuação do princípio do contraditório no processo, visto que poderá ser explicitada a análise das versões fáticas e jurídicas apresentadas pelas partes pelo magistrado, uma vez que a consideração real das razões das partes é elemento nuclear do contraditório substantivo. Sobre o tema, a visão apontada por Ramires⁴⁴³:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, através de voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no âmbito do Mandado de Segurança 24268/MG, já registrou que o dever de fundamentar as decisões deriva diretamente da obrigação de considerar as razões apresentadas, conforme já havia reconhecido o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE 11, 218). Na ocasião, o Min. Gilmar discorreu sobre a importância e a dimensão do princípio do contraditório a partir de uma análise da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 70, 288-293) sobre a chamada “pretensão à tutela jurídica” (*Anspruchaufrechtliches Gehör*), apontado que a garantia em questão (que no Brasil corresponde àquela insculpida no artigo 5º, LV, da CF) contém os seguintes direitos: a) direito de informação (*Rechtauf Information*), que obriga o julgador a informar sobre os atos praticados e sobre os elementos do processo; b) direito de manifestação (*Rechtauf Äusserung*), que assegura à parte que se manifeste sobre os elementos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados (*rechtauf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. O voto faz lembrar que a obrigação de conferir atenção ao direito das partes “não envolve apenas o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar séria e detidamente, as razões apresentadas.

É também através da motivação que pode ser verificada a objetividade do julgamento realizado pelo magistrado, aferindo a existência da independência e imparcialidade do juiz perante os litigantes e a causa, garantindo que a decisão está balizada pelo ordenamento jurídico.⁴⁴⁴

Mostra-se com esses apontamentos que o sistema jurídico baseado na lei escrita foi cunhado com vistas a garantir a segurança jurídica e a possibilidade de controle da atividade jurisdicional através de postulados de seguimento obrigatório pelo juiz. No entanto, através de um olhar mais profundo, possibilitado pelas evoluções no estudo da hermenêutica, que mostram o caráter criativo da atividade de interpretar, mostram esse sistema como falho para a garantia do que estava a buscar.

As constatações, contudo, vão mais além e apontam, que, em verdade, os objetivos de certeza e segurança buscados pelo meio de barrar a interpretação são ilusórios e inalcançáveis. É neste sentido que parece que a defesa de um sistema de precedentes por evitar a interpretação parece contraditório, em termos hermenêuticos, pois onde anteriormente

⁴⁴³RAMIRES, 2010, p. 43.

⁴⁴⁴GOMES FILHO, 2001, p. 98.

se via interpretada a norma legal estará, inevitavelmente, frise-se novamente, a se interpretar o precedente judicial, gerando incertezas ainda maiores.

As evoluções do constitucionalismo contemporâneo fazem com que a aplicação do direito sofra influências decisivas de outras fontes que não apenas o antigo modelo de norma regra que dita conduta, mas de princípios jurídicos de textura normativa aberta, da jurisprudência, da doutrina jurídica e até de máximas da experiência ou do senso comum. Em tal cenário que se mostra tão aberto aos eventuais excessos do julgador, a motivação das decisões é a garantia que reside entre a medida da hermenêutica e a segurança jurídica pautada no respeito ao sistema jurídico.

4.2.2 O dever de motivar no novo CPC

No Direito Português, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais remonta às Ordenações Afonsinas, que se mantiveram em vigor de 1446 a 1521. Essa norma continuou em vigor nas Ordenações Manuelinas (1521 a 1603) aliada à pena de multa ao magistrado que a violasse. Portanto, a motivação das decisões sempre foi uma tradição no direito português, o que foi seguido no Brasil, durante o período de vigor das Ordenações Filipinas, que remontam da independência até o advento do primeiro código processual nacional, o Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, que também contava com a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.⁴⁴⁵

A regra manteve-se em caráter infraconstitucional, se fazendo presente no CPC de 1973, no art. 458, inciso II, até o advento da Constituição Federal de 1988, que tem esculpido no art. 93, inciso IX, como um princípio constitucional que rege a magistratura, o dever de motivar. O dispositivo assevera o seguinte:

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Como se extrai do texto, a norma brasileira vigente acerca da motivação alcança toda e qualquer decisão judicial, excluindo-se por óbvio os despachos de mero expediente, além de estar presente no mesmo dispositivo a publicidade das decisões, o que nos garante que a norma funciona tanto como uma garantia das partes como um princípio ideológico de controle do Judiciário.

⁴⁴⁵ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

O Código de Processo Civil de 2015 representou uma evolução no pertinente ao dever de motivação das decisões judiciais, sendo, efetivamente, o art. 489⁴⁴⁶ uma das mais relevantes contribuições normativas do novo diploma. O dispositivo legal adota técnica legislativa heterodoxa, que ao invés de tentar definir a motivação positivamente em seus contornos, procurando construir o conceito de uma decisão bem fundamentada, o faz *a contrario sensu*, ou seja, definindo o que seria uma decisão mal fundamentada através de exemplos.

O *caput* do artigo e os incisos que precedem o primeiro parágrafo trazem a definição da decisão através da conjugação de seus elementos obrigatórios: relatório, fundamentação e dispositivo. Aplicável também, como estrutura geral, a todos os atos judiciais de conteúdo decisório, apesar de o texto fazer menção apenas à sentença.

A técnica legislativa encampada pelo parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC 2015 consiste na enumeração de hipóteses exemplificativas⁴⁴⁷ em que a fundamentação de uma decisão judicial se demonstrará presumidamente insuficiente e nula a decisão por expresse comando do art. 11⁴⁴⁸. As hipóteses prevista nos incisos V e VI, por sua relação mais direta com o sistema de precedentes do NCPC, já foram objetos de estudo no tópico

⁴⁴⁶ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁴⁴⁷ O caráter exemplificativo das hipóteses prevista no art. 489, §1º, do CPC 2015, também é o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) no “Enunciado 303 – As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas.”

⁴⁴⁸ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

2.3.2 deste trabalho. Portanto, passaremos a uma análise mais detida dos incisos I a V do referido dispositivo.

A hipótese do inciso I consiste em: “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”. Conforme as premissas de caráter hermenêutico já estabelecidas anteriormente neste ensaio, podemos observar que a norma jurídica é extraída do texto após a atividade interpretativa, não cabendo, atualmente, reconhecer força ao brocado “*in claris cessat interpretatio*”. Portanto, a mera referência ao texto legislativo não explicita por si só a interpretação dada a ele pelo magistrado.

A motivação “decido conforme determinado precedente” também não é hábil a tornar uma decisão como suficientemente fundamentada. Pois assume a posição já criticada de um precedente não exigir interpretação para sua aplicação. Nem mesmo a perspectiva mais básica de identificação do caso anterior com o atual, o que demandaria a mesma resposta, em um raciocínio de *stare decisis*, tal decisão não seria tida como fundamentada ou válida nem mesmo em um sistema como o *common law* em que se tem a *binding force* dos precedentes e a legitimidade criadora dos juízes como algo pacífico. Assim, a crítica de Ramires⁴⁴⁹:

A jurisprudência é tida por “fonte do direito”, ao lado da lei, dos costumes e dos “princípios gerais”. Ementas e verbetes extraídos dos julgados pretéritos são aceitos como “universais”. Assim, basta amarrar o particular em um desses universais e se tem a aparência de uma conclusão científica: cria-se o “método jurisprudencial”. E, se a menção isolada de texto de lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro do mesmo tribunal.

O ponto tratado na última parte do trecho colacionado acima merece destaque. No sistema brasileiro existem precedentes nos mais diversos sentidos e posicionamentos altamente conflitantes nos mais diversos âmbitos e instâncias, inclusive internamente aos órgãos jurisdicionais. Tal situação possibilita que haja a escolha do precedente a ser aplicado por parte do julgador, ignorando os demais que se apresentam contrários.

Um sistema de precedentes no Direito brasileiro abriria espaço, mesmo que involuntário, para a escolha de um precedente e mera ignorância dos demais. Dizemos que isso poderia ocorrer de forma involuntária, visto que ao nos propormos uma hipótese, temos uma forte tendência psicológica a validá-la.

⁴⁴⁹RAMIRES, 2010, p. 45.

O processo mental pelo qual realizamos coleta de informações ou consultamos nossas memórias tendo uma forte tendência de moldar a visão e interpretação dos elementos como compatíveis com a hipótese proposta inicialmente é denominado pela psicologia de *confirmation bias*.⁴⁵⁰

Outro ponto que asseveramos em outros tópicos deste trabalho consiste na aversão da tradição jurídica brasileira aos juízos de fato e a referenciação aos fatos materiais da demanda como balizas das quais não é facultado ao juízo desviar-se. Essa tradição de enunciados abstratos e canônicos acerca do Direito, que tanto impede o crescimento do *case law* em nossa prática jurídica, também se reflete no defeito de fundamentação das decisões que pouco se referem às circunstâncias do caso concreto e como as normas jurídicas extraídas dos textos legislativos sobre elas incidem. Assim, a mera exposição de fatos e da relação de normas aplicáveis não representa fundamentação suficiente.

O inciso II tem a seguinte redação: “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. Os conceitos jurídicos indeterminados consistem em uma técnica legislativa utilizada para exprimir relações jurídicas que só podem ser medidas no caso concreto ou que o legislador elege por dar ao juiz uma maior discricionariedade no caso concreto, para determinar a aplicabilidade da incidência ou não da norma. É diferente, portanto, de eleger parâmetro objetivo decidido *a priori* como, por exemplo, considerar capaz de prover seu sustento, para fins de concessão do benefício continuado da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. A margem de atuação do juiz nesses casos seria meramente aritmética, o que não ocorre quando estão presentes na lei expressões como: dignidade humana, interesse público, boa fé, fumaça do bom direito, perigo na demora, dentre muitos outros.

É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, a concepção de que os conceitos jurídicos indeterminados (e até mesmo os princípios jurídicos em tempos de neoconstitucionalismo) consistam em uma carta branca na mão do magistrado. Muito pelo contrário. Os conceitos indeterminados puxam para si uma carga argumentativa maior para seu emprego por parte do juiz que deve demonstrar de forma minuciosa como incidem no caso concreto e sustentar a justeza da decisão. Aqui é um dos casos em que os precedentes tem função especial no sistema jurídico, pois podem auxiliar na busca pela maior precisão

⁴⁵⁰RAMIRES, 2010, p. 46.

hermenêutica dos conceitos jurídicos determinados associando (ou não) sua incidência a situações fáticas concretas.

Partindo para a hipótese do inciso III, temos o seguinte: “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. A hipótese do presente inciso tem relação com a do inciso anterior, por ambas combaterem as decisões genéricas e teratológicas. É muito comum se observar na prática forense decisões cuja fundamentação serviria tanto para o deferimento quanto para o indeferimento do caso. Ou mesmo, decisões pré-fabricadas, cuja diferença consta apenas no cabeçalho em que constam a qualificação das partes e o número da ação. Tal tipo de fundamentação é extremamente danosa aos precedentes, visto que os mesmos, como já exaustivamente exposto neste estudo, dependem de sobremaneira da correta exposição e análise dos fatos materiais do caso em exame para que tenham valor enquanto precedente futuro e demonstrem a aplicação correta de precedentes no corpo da fundamentação.

Como já se tem exposto aqui, a garantia de fundamentação não consiste em uma mera explicação da decisão, mas demonstrar que as premissas e parâmetros utilizados no julgamento são válidos e eficazes perante o ordenamento jurídico. Decisões do tipo “indefiro por ausência dos pressupostos legais”, “defiro com base nessa lei ou naquela súmula”, são exemplos que consistem em mera explicação, vazia de significado ou possibilidade de real controle perante a ordem legal. Essas concepções partem do princípio de que as normas têm um sentido único sob o qual não resta dúvida, ou de que o magistrado está autorizado a decidir conforme suas próprias crenças, sem qualquer dever com a sociedade. Nenhuma das duas concepções parece sustentável.

Enuncia o inciso IV: “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Temos aqui uma visível extensão do princípio do contraditório e ampla defesa na estruturação da fundamentação adequada. Várias críticas surgiram em torno da redação do dispositivo, alegando impor encargo muito grande ao juiz, assim como de ser muito aberta a determinação do que seria uma tese capaz de infirmar a conclusão a ser adotada pelo julgador.

Na nossa perspectiva, esse é o tipo de dispositivo que teoricamente é difícil de se explicar, mas que na prática seus contornos se tornam evidentes. Argumentos meramente jogados em petições pelas partes, sem o mínimo arcabouço argumentativo, sem demonstração de amparo na lei, doutrina, jurisprudência, nos fatos da demanda e nas provas dos autos, nos parece que jamais tendem a ser motivos suficientes para a declaração de nulidade de uma decisão judicial.

Em verdade, o dispositivo parece colocar em xeque a concepção conceitualista e abstrata do Direito como fórmulas prontas e abstratas que o magistrado já teria consigo e iria apenas distribuindo nos processos segundo os casos genericamente concebidos, não havendo grande importância os argumentos das partes e as especificidades do caso concreto. Assim, o inciso representa um avanço no dever de fundamentar e, também, ao lado da proibição da decisão surpresa prevista no art. 10⁴⁵¹ do Código, um grande avanço na concretização do princípio constitucional do contraditório.

Para os juristas militantes, é fácil observar que todas as hipóteses inseridas nos incisos examinados são de uso frequente na prática jurídica nacional. Desta forma, é muito interessante que o Código traga expressa vedação a estes tipos de vícios de fundamentação, reduzindo a carga argumentativa para sua impugnação. Demonstra, também, um cuidado com uma concepção prática do CPC, preocupado em ser efetivamente instrumental na resolução dos problemas cotidianos e abandonando os formalismos não valorativos.

Outra conclusão que podemos fazer é que o ideal de fundamentação das decisões judiciais buscado pelo Código prestigia a análise minuciosa dos fatos materiais do caso e das teses jurídicas com a exposição clara das escolhas hermenêuticas feitas pelo juiz. Esse é o modelo de decisão judicial que é compatível e profícuo em um sistema de precedentes obrigatórios, visto que valoriza os pontos sensíveis ao desenvolvimento do direito discursivo do *case law*.

Desta análise apresentada, espera-se ter demonstrado que o CPC de 2015 representou grande avanço na definição do dever de fundamentar, através do reconhecimento de casos em que há falhas neste dever. Contudo, existem vários desafios ainda, como expõe Fernando Pontes⁴⁵²:

Foi demonstrado que, com o Código de Processo Civil de 2015, um dos problemas para a realização do dever de fundamentação das decisões judiciais foi solucionado. Hoje, não há mais que se falar em ausência de elementos normativos que ditem o que deve ser uma decisão fundamentada. Ainda que se possa fazer críticas à opção pela técnica a *contrario sensu* do legislador na elaboração dos parágrafos do art. 489, difícil exigir da lei uma alternativa melhor ou mais completa. Cabe a doutrina guiar os usos e as interpretações a partir de agora, principalmente se reconhecermos que existem dois conhecimentos distintos nessa questão: um é saber que (*knowing that*) decisões judiciais como as traçadas, exemplificativamente, no art. 489 não são

⁴⁵¹ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴⁵² PONTES, Fernando Demétrio de Sousa. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Interpretação Jurídica:** estudo comparativo entre as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer e do Modelo Toulmin de argumentação racional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2017, p. 33-34.

fundamentadas; e o outro, bem diferente, é saber como (*knowing how*) fundamentar uma decisão, sob a ótica do julgador, ou como argumentar para fundamentar um pedido e, eventualmente, cobrar essa fundamentação, quando se fala da atividade das partes.

Por isso, não se pode tomar como suficiente a introdução das normas veiculadas pelos parágrafos do art. 489 para a solução da questão, pois ainda nos restam dois outros importantes fatores a serem considerados: a heterogeneidade das questões a se fundamentar, como questões de fato ou questões de direito; e a existência de problemas relativos a questões extrajurídicas, as quais o direito não é capaz de resolver, sendo necessário, portanto, uma investigação transdisciplinar com essas disciplinas, como a filosofia da linguagem, a epistemologia, a ética, etc., as quais darão suporte ao Direito, se não na solução, mas de como lidar com situações ainda desconhecidas pela ciência.

Nessa toada, percebe-se que, não obstante a sua contribuição, a inovação do novo Código ainda não configura, nem de perto, um mínimo adequado para a resposta do problema. Por isso o estudo do Direito cada vez mais busca lastro e embasamento para o seu próprio desenvolvimento em outras matérias. A datar de meados do século XX, por advento de subsídios provenientes de estudo nas searas da ética filosófica, filosofia da linguagem, razão prática, e epistemologia, defende-se que na aplicação do Direito, impreterivelmente, tomam lugar diversos processos que, outrora, ainda não haviam sido apontados e estudados com a profundidade necessária para se fazer espraíar para as áreas de cunho mais aplicado, como é a jurídica.

A justeza da decisão em tempos do Direito discursivo está cada vez mais ligada ao caso concreto e suas necessidades, por isso mesmo é que a ferramenta para controlar o julgador também deve ser singular e individualizado, como o controle do dever de motivar, observando-se, nas nuances do caso concreto, se foi atendido o mandamento constitucional.

É neste ponto que se faz necessário que o Direito se utilize da teoria da argumentação, de modo a poder avaliar a fundamentação das decisões judiciais, mandamento constitucional inserto no art. 93, inciso IX, da CF/88, de modo a integrar os âmbitos de justificação e legitimidade das escolhas feitas na produção de normas através dos textos.

Os tópicos a seguir se ocupam exatamente em buscar maiores parâmetros normativos sobre a motivação das decisões judiciais e sua estrutura, procurando uma forma de analisar, de forma crítica e embasada, a aplicação dos precedentes na fundamentação dos julgamentos.

4.3 Estruturação da motivação e controle argumentativo como instrumentos de controle e legitimação da decisão judicial

Após vencidos os tópicos anteriores em que tratamos da perspectiva histórica da motivação e sua importância, passando, em um segundo momento, por algumas reflexões acerca da hermenêutica nas decisões judiciais, somos levados a um terceiro momento, em que o objetivo é ir além na busca de parâmetros de um modelo normativo de fundamentação, que

possa, futuramente, esclarecer os papéis sobre o que os precedentes judiciais têm desempenhado nas decisões e como se deve comportar para seguir o mandamento constitucional do dever de motivar.

O objetivo deste tópico, assim, é alçar alguns pilares em que se possa construir um modelo prescritivo teórico de fundamentação das decisões judiciais, de modo que seja possível analisar decisões e identificar a ausência de elementos essenciais da fundamentação que podem levar a decisão a ser considerada nula.

A sentença é o pronunciamento da decisão do estado-juiz sobre o Direito no caso concreto, traduzido em manifestação escrita que se caracteriza por um discurso de exposição de razões, pretensamente racionais e legítimas, que embasam a tomada de decisão como um reflexo do ordenamento jurídico, abstrato, ao caso concreto.

A motivação é um discurso de motivação, pelo que consiste em um conjunto de proposições e motivos vinculados entre si e inseridos em um contexto, podendo ser identificado de maneira autônoma.⁴⁵³

O discurso tem em sua estrutura a característica necessária da finitude, visto que sempre é determinável o seu conteúdo completo, não de maneira prévia, mas na concretude da decisão, sendo também, em consequência, um discurso fechado, pois tem sua estrutura prevista em lei e após sua prolação oficial não pode sofrer alteração substancial.⁴⁵⁴

As proposições são, portanto, as partículas individuais identificáveis que compõem o discurso complexo e específico que é a decisão judicial, definidas como um conjunto de entidades linguísticas que expressam um juízo sobre determinada coisa, ou seja, um sujeito ao qual se atribui um predicado. Essas são proposições jurídicas de sustentação de argumentos, que partilham da mesma forma e estrutura racional e lógica das presentes no discurso comum.

As proposições ocupam-se, sucessivamente, da identificação e definição das questões ou problemas a serem resolvidos, demonstrando o caminho para se chegar à conclusão final que será apontada.

4.3.1 Contextos e modelos de justificação

O discurso elaborado pela autoridade julgadora na sentença faz parte, por essência, do contexto de justificação da decisão que foi previamente descoberto na mente do

⁴⁵³TARUFFO, 2006, p. 10.

⁴⁵⁴TARUFFO, *loc. cit.*

magistrado. Trata-se da perspectiva externa da decisão, do modo como ela é apresentada às partes e sociedade, segundo os conceitos de garantia já anteriormente apontados, buscando demonstrar a validade da solução que foi descoberta na fase interna, também denominada de contexto de descoberta.

A sentença torna-se, dessa maneira, um produto complexo da atividade de racionamento decisório interno, que tem por produto a solução descoberta, que passará pelo racionamento de justificação, ou seja, o crivo da externalização em discurso, cujo produto é a motivação da decisão judicial.

O contexto de descoberta e o contexto de justificação são bem distintos e por isso cabem a eles vias de estudo bastante diversas, principalmente devido ao caráter psicológico e pessoal que perpassa o contexto interno, eivado das percepções próprias, experiências, conceitos e preconceitos do julgador.

É assim que, reforçando o que já foi anteriormente determinado, o foco do dever de motivar e dos estudos jurídicos sobre o mesmo se devem fixar no contexto de justificação, ou seja, deixando de lado as razões internas do magistrado para se concentrar no discurso de motivação presente na decisão.⁴⁵⁵

A justificação, por sua vez, pode ser definida como um procedimento argumentativo empreendido com o objetivo de persuadir ou convencer acerca do valor de uma determinada escolha que, no caso da sentença, consiste na persuasão acerca da conformidade com o Direito do que está declarado, constituído ou determinado na parte denominada "dispositivo da decisão".

A lógica da justificação pode seguir diversos modelos, que variam de acordo com o sistema jurídico e até com a espécie de decisão a ser tomada, ou a estrutura, ou efeitos da norma jurídica a ser aplicada.

Os modelos de justificação que aqui serão mencionados dizem respeito a determinadas peculiaridades dentro da estrutura de motivação, que consistem em um modelo de racionalidade a ser seguida pelo julgador, ou seja, uma ideologia valorativa, variável segundo o sistema jurídico-político, que determina o tipo de raciocínio decisório legítimo para justificar.⁴⁵⁶

O primeiro a ser apresentado é o modelo dedutivo, cuja racionalidade está embasada no silogismo judicial, ou seja, no uso do raciocínio silogístico em que a premissa

⁴⁵⁵GOMES FILHO, 2001, p. 112

⁴⁵⁶GOMES FILHO, 2001, p. 118.

maior é a norma jurídica abstrata e a premissa menor são os fatos levados ao juízo, o que levaria a uma necessária conclusão da causa em determinado sentido.

O silogismo representa um sistema de racionalidade perfeita, incontestável, bem ao gosto do movimento racionalista do iluminismo francês, no qual teve seu período mais profícuo, servindo como verdadeira garantia, que se pode dizer ilusória, pelas razões já apontadas anteriormente neste capítulo, contra o arbítrio judicial.

A separação entre o texto normativo e seu comando ou, dito de outra forma, entre a norma e o seu sentido, ligado com uma inexorabilidade da interpretação e suas diversas celeumas, tem como consequência a impossibilidade da norma jurídica ter um sentido uno e invariável para ser sempre expresso pelo juiz. Uma crítica contundente ao modelo silogístico, que vale aqui ser exposta, é aquela feita por Richard Posner⁴⁵⁷:

Sua função é demonstrar a validade de um processo de raciocínio, e não estabelecer a verdade do resultado do processo. É usado não para provar que Sócrates é mortal – uma vez que ninguém duvida disso-, mas para demonstrar uma relação lógica, como ficaria mais claro se substituíssemos A por homem (homens), B por mortal e C para Sócrates. A lógica, como a matemática, explora as relações entre as ideias, e não a correspondência com os fatos. O sistema jurídico não pode ser indiferente a questões de verdade empírica.

O silogismo foca-se na relação entre a norma já eleita e os fatos como já moldados, ou seja, não há lugar no modelo para contestação das premissas como colocadas na decisão, não há lugar para demonstração de que a norma aplicável é outra, ou que a interpretação da norma está equivocada e, portanto, errada a premissa maior, como também presume a clareza total dos fatos como apontados, para que sirvam como premissa menor da norma designada.

É inegável que o silogismo encontra-se ultrapassado como modelo fechado e único, que determinaria a subsunção do fato à norma por meio de processo lógico infalível. Contudo, não deve ser ele abandonado por inteiro, pois tem sua aplicabilidade, até mesmo de forma presumida, dentro de alguns raciocínios justificativos desenvolvidos pelo julgador, principalmente considerando vertentes mais modernas do silogismo judicial que admitem vários níveis repetidos de antecedentes e consequentes até chegar à conclusão final. É digno de nota, também, o desenvolvimento e ampliação do silogismo realizado por Stephen Toulmin como modelo de argumento, cuja aplicação na hermenêutica jurídica tem sido estudada.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

⁴⁵⁸ TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O modelo indutivo, segundo a ser aqui explorado, é o extremo oposto do formalismo lógico presente no modelo silogístico. Tal perspectiva parte da negação do silogismo, devido à elevação da norma positiva ao fator único e absoluto a ser considerado no julgamento.⁴⁵⁹

Esse modelo consiste na valorização do caso concreto como ponto de partida de resolução do conflito, para então desenvolver uma norma geral que é diretamente originada do julgamento do juiz, que leva em conta diversos fatores na produção da decisão e não apenas o ordenamento jurídico de normas positivas.

O modelo indutivo substitui a vontade do legislador pela criatividade do juiz, pois o caso concreto traria mais elementos de individualidade que demandariam sempre uma interpretação cuidadosa de acordo com: a dinâmica de interesses e a consciência social e jurídica vigentes na sociedade.

Algumas vertentes jurídicas, como a livre investigação científica pregada por François Geny, e o movimento do direito alternativo ou direito achado na rua, têm em sua base a construção indutiva através da inversão da relação entre fato e norma, para que o fato passe a ser um fator predominante na motivação, instituindo a liberdade da atuação do julgador para fazer a justiça do caso concreto.⁴⁶⁰

Eivado de grande carga ideológica e pouca compatibilidade com o sistema constitucional vigente, tal modelo tem campo de aplicação extremamente restrito, pelo menos no pertinente à externalização deste modelo como legítimo, visto que muitas vezes decisões são tomadas crendo no poder do julgador em fazer a justiça do caso concreto de acordo com o que julga correto, para além da norma legislada.

O modelo retórico é o último a ser mencionado e consiste na valorização do dever de justificação no sentido de reconhecer que a atividade jurisdicional não consiste na mera aplicação da norma ao caso particular, mas está, principalmente, a resolver um conflito, valendo-se, muitas vezes, de muito mais que apenas a norma para amparar sua decisão.

Chama-se, então, de retórico o modelo, por se centrar na verificação do uso de argumentos racionais e controláveis, que possam ser considerados válidos como fundamentos de uma decisão.

O terceiro modelo mostra-se, assim, como uma junção alternativa dos modelos anteriores, permitindo dentro de si campos de solução em que o silogismo será aplicado, como também outros espaços em que a argumentação judicial, pautada na lógica, na

⁴⁵⁹GOMES FILHO, 2001, p. 120.

⁴⁶⁰GOMES FILHO, 2001, p. 122.

adequação social da decisão e nos princípios constitucionais terá parte principal na fundamentação produzida, ou seja, com conotação voltada ao caso concreto ao estilo do método indutivo.

O foco deste modelo encontra-se não só na estrutura lógica e na coerência encontrada nas conclusões tiradas das premissas pré-concebidas, como característico da tradição silogística, mas vai além, para cobrir a justificação das escolhas das premissas apontadas.

Vale ressaltar que todos os modelos aqui apontados têm seus campos de aplicação e fazem parte do fenômeno maior da tomada de decisão e justificação, não devendo ser adotados como absolutos em sua individualidade.

A questão apontada anteriormente, sobre a diferença entre justificação das conclusões tiradas das premissas postas e a justificação da escolha das premissas, é onde reside uma questão principal da motivação, que consiste em sua divisão em duas perspectivas, interna e externa.

Cada opção valorativa realizada pelo juiz para chegar à conclusão do julgamento e o determinado no dispositivo deve ser objeto de justificação por parte do magistrado no âmbito da motivação da decisão, envolvendo tanto a conexão entre as proposições e a lógica entre elas, em uma perspectiva interna, como também a relação entre as proposições e sua validade no mundo externo, sempre com o objetivo de persuadir ou convencer acerca do acerto das escolhas. Vê-se, assim, a influência do modelo retórico, visto que prioriza a justificação externa como elemento essencial da decisão como validação das premissas eleitas, que não se fazem legítimas automaticamente pela validade do silogismo utilizado na perspectiva interna.

A justificação interna é a exigência de coerência entre as premissas levantadas e as conclusões que se fazem partindo das mesmas, também pode ser denominada de justificação de primeiro nível. Por outro lado, a justificação externa foca-se na sustentação das escolhas de premissas feitas na parte interna, ou seja, apontar razões plausíveis para a adoção das premissas como válidas, a perspectiva externa recebe a denominação alternativa de justificação de segundo nível.⁴⁶¹

Compreende-se no âmbito interno o conhecimento utilizado pelo juiz, tanto das regras de direito material, processual e regras hermenêuticas, como também das evidências

⁴⁶¹GOMES FILHO, 2001, p. 125.

acerca dos fatos alegados por ambas as partes, que ficaram evidenciadas como suas premissas e serão objeto da segunda fase justificativa.⁴⁶²

A justificação, dessa maneira, pode ser vista como um conjunto de enunciados de fato e de direito ligados pelo nexo de conexão e coesão entre si, segundo três condições principais: a) Não haver contradição dos enunciados entre si, como também de seus pressupostos; b) A presença de nexos de ligação necessários entre norma, fato e consequência jurídica; c) O respeito à ordem de prejudicialidade entre as questões abordadas na decisão.⁴⁶³

A justificação externa tem por objeto a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Em geral, esta fundamentação terá que balizar premissas de três categorias diversas: a) regras de direito positivo; b) enunciados de natureza empírica e c) premissas que não se enquadram nos itens anteriores. De acordo com cada um desses tipos, a justificação terá características bem diferentes como a validade da norma, máximas racionais de presunção e a argumentação jurídica geral.⁴⁶⁴ Sobre essas espécies de premissas e os métodos ligados a elas, explana Alexy⁴⁶⁵:

Há múltiplas relações entre esses três procedimentos de fundamentação. Assim, na fundamentação das premissas que não têm um caráter jurídico-positivo nem empírico, desempenham papel considerável as regras do direito positivo e os enunciados empíricos. Na fundamentação de uma norma segundo os critérios de validade de um ordenamento jurídico pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade. Isso tem especial importância se, entre os critérios de validade, encontram-se limites constitucionais; por exemplo, um rol de direitos fundamentais. A argumentação jurídica pode ser de importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade dessa norma. Finalmente, isso vale também para o estabelecimento de fatos empíricos. Assim, o que se considera como fato na fundamentação pode depender da interpretação de uma regra do ônus da prova. Precisamente, estas variadas inter-relações tornam necessário, se não se quer confundir tudo, distinguir cuidadosamente os três métodos de fundamentação mencionados. Só assim se podem analisar as interconexões.

Essa argumentação jurídica geral que é relatada por Alexy⁴⁶⁶ pode ser dividida, segundo o mesmo, em seis grupos de formas argumentativas: 1) interpretação; 2) a doutrina da Ciência do Direito; 3) o uso dos precedentes; 4) argumentação prática geral; 5) argumentação empírica; 6) as formas especiais de argumentos jurídicos. Portanto, a justificação externa estaria espalhada em argumentos das espécies indicadas, no sentido de provar a validade das premissas utilizadas na justificativa interna.

⁴⁶²WROBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of law**. Kluwer Publishers: Netherlands, 1992, p. 200-250.

⁴⁶³TARUFFO, 2006, p. 233

⁴⁶⁴ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 228.

⁴⁶⁵*Ibidem*, p. 229.

⁴⁶⁶*Ibidem*, p. 229-231.

A classificação feita por Wróblewski é diversa da apresentada anteriormente e divide-se em quatro espécies: normas jurídicas, diretivas, asserções fatuais e valorações. As normas jurídicas compreendem as regras utilizadas, inclusive as utilizadas indiretamente, ou seja, para validar a escolha das normas diretas. As diretivas são grandes nichos orientadores da atividade decisória, abrangendo desde regras da experiência até resoluções de conflitos normativos. Por sua vez, as asserções de fato são o produto da atividade probatória e a valoração é conceito amplo, que envolve o convencimento do valor de um argumento por identificação.⁴⁶⁷

Neste rápido panorama, conseguimos identificar vários dos elementos que serão utilizados na motivação da decisão judicial como um discurso justificativo, que deve ser controlado de várias perspectivas através de um modelo de suficiência argumentativa, tendo em vista que a legitimação e correição da decisão judicial estão diretamente ligadas à qualidade da justificação.

4.3.2 Argumentação e Esquema Estrutural da Motivação

O discurso de fundamentação, como já visto através dos estudos sobre a motivação no presente capítulo, não pode ser um discurso livre e aberto, sob pena de dar margem aos problemas de legitimidade na decisão, principalmente ligados ao subjetivismo e decisionismo judicial.

A fundamentação deve demonstrar a validade da decisão em perspectiva interna e externa, como possível resposta lógica e legítima ao problema que o magistrado tem sob sua análise, levando como pressupostos as normas aplicáveis e os argumentos das partes como algo a ser considerado como possível resolução da demanda, em respeito ao princípio do contraditório real.

Para tanto, o juiz tem um longo percurso para percorrer ao compor uma motivação válida para a decisão judicial, que vai desde a explicitação e fundamentação das premissas escolhidas, como a fixação da norma jurídica aplicável ao caso, até o último ponto em que será definida a qualificação jurídica dos fatos postos em juízo pelas partes.

Wróblewski classifica essas decisões em quatro grupos: a) as decisões de validade, que envolvem a escolha e demonstração de validade e aplicabilidade da norma jurídica que regerá o caso; b) as decisões de interpretação, as quais fixam o significado e

⁴⁶⁷WRÓBLEWSKI, 1992, p. 216.

abrangência da norma eleita; c) decisões acerca das provas, que fixaram qual o material empírico a ser levado em conta na aplicação da norma, ou seja, quais fatos serão considerados como válidos; d) escolha das consequências, que consistiriam na qualificação jurídica final em que os fatos reconhecidos como judiciais serão postos sob a análise da norma jurídica interpretada e produzirá a solução jurídica do caso concreto.⁴⁶⁸

Tendo em mente toda essa complexidade, exploramos rapidamente algumas teorias que propõem métodos, metodologias ou modelos para a justificação das decisões judiciais, apenas no sentido de melhor ilustrar nosso posicionamento sobre a importância de estudo do tema sem, contudo, desviar muito do foco principal deste estudo.

Robert Alexy reconhece que a justificação das decisões judiciais é o problema fundamental da metodologia jurídica e é por esse motivo que escreve uma obra para tratar do tema em que expõe sua teoria da argumentação jurídica.⁴⁶⁹ Portanto, como já havíamos apontado, mas agora reforçado por um dos maiores juristas da contemporaneidade, a motivação é ponto chave de qualquer sistema jurídico e é extremamente complementar a uma visão pós-positivista, pois traz elementos de controle e legitimação discursiva da decisão judicial.

A perspectiva do autor parte da constatação de que, no atual estágio de entendimento da ordem jurídica, em que se reconhece a imprecisão linguística, o conflito de normas, a possibilidade de decisão contrária às disposições legais e a existência de lacunas no ordenamento, trazem a constatação de que o método da subsunção não é suficiente para responder ao questionamento metodológico essencial de como deve o magistrado proceder na motivação de suas decisões.⁴⁷⁰

Entra-se, assim, no campo do que Alexy chama de “julgamentos de valor”, que abrangem os casos já relatados, em que devemos nos perguntar qual seu relacionamento com os métodos de interpretação jurídica, as proposições e conceitos da dogmática jurídica e como pode ser feita a fundamentação racional e justificação destes valores na motivação.⁴⁷¹

Alexy começa seu estudo partindo de várias premissas constantes do paradigma da filosofia da linguagem, focado, principalmente, em Wittgenstein e Austin, obtendo diversas conclusões que vão guiar sua teoria. Assim, percebe que a linguagem moral não é meramente descritiva e faz parte de um discurso moral, regido por regras próprias, mas que é uma atividade racional, consistindo no maior desafio deste estudo a articulação dessas regras

⁴⁶⁸ WROBLÉWSKI, 1992, p. 217.

⁴⁶⁹ ALEXY, 2011, p. 20.

⁴⁷⁰ ALEXY, *loc. cit.*

⁴⁷¹ ALEXY, 2011, p. 20.

que regem a moral. A pergunta central do estudo do jurista passa, então, em conjecturar sobre a existência ou não de critérios e regras para distinguir a qualidade das razões e argumentos que possam levar à sua classificação de validade.⁴⁷²

Para Alexy, a estrutura básica do argumento moral é silogística, na qual um argumento é apresentado em apoio a uma afirmação normativa que, por sua vez, pressupõe a existência de uma regra de conexão entre o argumento e a norma. As possibilidades de contestação do argumento e da regra de ligação gerariam outros níveis de justificação, seguindo o mesmo modelo, que tenderiam ao infinito. Conclui, então, pela necessidade de uma regra independente de justificação que possa romper o ciclo.⁴⁷³

Para tanto, o autor dispõe sobre algumas regras que garantiriam a racionalidade do discurso, que funcionariam como espécie de garantia de uma parte desse sistema silogístico, vedando sua reprodução contínua. Estas regras comporiam o que o autor chama de "Código da Razão Prática".⁴⁷⁴

Esse sistema envolve várias espécies de regra que atuam em conjunto, segundo diferentes vertentes, para garantir a racionalidade da justificação.

São quatro as que fazem parte deste conjunto, quais sejam: a) as regras básicas: envolvem princípios lógicos como a não contradição e a universalização, dentre outros pressupostos de linguagem que garantam a comunicação intersubjetiva; b) as regras de racionalidade: toda afirmação pressupõe uma justificação própria, ou seja, há o dever lógico do discurso procurar pela motivação racional e não simplesmente impor uma regra de normatividade; c) a situação ideal de discurso: na linha de Habermas, o autor aponta os requisitos da igualdade entre os que discutem, a liberdade do discurso e a universalidade como garantias de uma situação ideal em que se possa realmente surgir um diálogo dialético produtor de consensos racionais; d) distribuição da carga argumentativa: deve ficar bem claro durante a dialética processual os ônus argumentativos de cada parte durante o deslinde dos fatos e qualificações jurídicas da causa.⁴⁷⁵

É assim que o autor busca pela combinação de várias formas de argumento que estejam permeadas pelas regras acima apontadas em busca da construção de uma estrutura de argumento que possa ser utilizada na decisão judicial, de modo que essas maneiras

⁴⁷² ALEXY, 2011, p. 20.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁴⁷⁵ ALEXY, *loc. cit.*

argumentativas funcionariam como garantia de racionalidade discursiva, o que consistiria em grande segurança para a motivação da decisão.⁴⁷⁶

Essa estrutura é aliada à noção de que o discurso jurídico é um discurso especial, em relação ao discurso prático geral. Isso ocorre porque a discussão jurídica pode dar-se em vários planos, desde a discussão acadêmica até a deliberação judicial e que elas seriam todas compostas por argumentos jurídicos, mas que se diferenciam pelas limitações temporais e os resultados.⁴⁷⁷

Esse discurso jurídico teria como uma de suas características essenciais a pretensão à correção. O dever de motivação das decisões e a estrutura que pressupõe a utilização de argumentos jurídicos que pretendem atingir uma verdade sobre o sistema jurídico e seu reflexo no caso concreto, consistiriam em provas de que a correção é algo buscado pelo ordenamento e característico do argumento jurídico.⁴⁷⁸

Portanto, a teoria de Alexy apresenta a necessidade de o Direito empreender uma busca de um discurso racional da justificação, que tem como característica principal a tendência à correção e que se encontra composto por inúmeras regras e formas que aspiram pela garantia de um modelo estrutural de argumento que seja controlável do ponto de vista da sua racionalidade e compatibilidade ao ordenamento.

4.4 O precedente como uma força vinculante variável na motivação das decisões judiciais

O presente tópico deste estudo dedica-se à discussão de uma proposta de visão para os precedentes e seu papel vinculante na motivação das decisões judiciais que seja adequado ao constitucionalismo brasileiro, aos mandamentos do CPC de 2015 e ao crivo da Hermenêutica e da Teoria do Direito na atualidade.

Observamos, ao longo deste estudo, que os precedentes assumem, em qualquer sistema jurídico, seja ele proveniente do ramo do *Civil Law* ou do *Common Law*, um papel central na fundamentação de uma decisão judicial. De forma que, mesmo nos sistemas em que não se fala em vinculação formal aos precedentes, é inconcebível tê-los como meros argumentos que podem ser de alguma forma irrelevantes na construção de uma sentença.

⁴⁷⁶ALEXY, 2011, p. 188.

⁴⁷⁷ALEXY, *loc. cit.*

⁴⁷⁸ALEXY, *loc. cit.*

É assim que, em maior ou menor grau, haverá sempre nos sistemas jurídicos uma prática social de seguir precedentes, mais ou menos intensa, que se constrói segundo diversos fatores históricos que exercem influência direta na formação do Direito. Assim, serão sempre parte integrante do raciocínio e da argumentação jurídica, mesmo quando na ausência de regra específica para tal.

A questão que se coloca, então, é tratar os precedentes com a devida consideração, reconhecendo sua juridicidade e buscando identificar seu lugar na Teoria do Direito e no ordenamento jurídico como um todo, para que possamos identificar seus limites e aplicações no âmbito da decisão judicial.

Uma das perspectivas quase dogmáticas que se tem no estudo dos precedentes, e que se mostra muito nociva à construção de uma teoria hermenêutica dos precedentes, consiste na suposta dualidade entre precedentes obrigatórios e persuasivos. O tema é abordado por Thomas Bustamante.⁴⁷⁹

Na percepção dominante entre os teóricos do direito e os comparatistas, vigora uma curiosa *either-or assumption* em relação ao precedente judicial, a qual pode ser formulada nos seguintes termos: ou o precedente é uma fonte do direito, e portanto ele é invariavelmente vinculante ou obrigatório, ou então ele não é reconhecido como uma fonte do direito, e por conseguinte é nada mais do que um elemento persuasivo ou um “argumento extra ou adicional” que pode ser utilizado pelo juiz na fundamentação de sua sentença.

(...)

A raiz da “either-or assumption” está numa forma estritamente positivista de se ver o fundamento do precedente judicial. A principal característica dessa compreensão é que ela sustenta exatamente o contrário da tese de Dworkin sobre a autoridade dos precedentes judiciais. Para ela, o precedente nada tem a ver com considerações de equidade ou justiça, já que o seu único fundamento é a autoridade do tribunal que o estabeleceu. Por uma grande ironia do destino, a teoria que fundamenta a força vinculante do precedente judicial inglês é justamente aquela foi desenvolvida pelo maior crítico ao common law que a história já conheceu: o filósofo inglês Jeremy Bentham.

É assim que o precedente judicial ou é tratado como uma norma legislativa aplicada por subsunção, cujo comando jurídico é supostamente evidente e desnecessário que se interprete o precedente, ou será ele mero argumento auxiliar. Essa concepção tem em suas raízes o formalismo e procedimentalismo característicos do positivismo jurídico, sendo também corroborado por Lopes Filho⁴⁸⁰ nos seguintes termos:

A inadequação dos precedentes judiciais à teoria clássica do ordenamento jurídico decorre da incompatibilidade deles aos elementos característicos explicados acima. Com efeito, os precedentes judiciais são refratários ao positivismo normativista, ao

⁴⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues. MACÊDO, Lucas Buriel (coord.). **Precedentes**. 2.ed. Salvador, 2016, p. 278

⁴⁸⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**. v. 18. n. 7, p. 149-172, set-dez. 2017, p 157.

formalismo, à unidade hierarquizada e a uma coerência obtida apenas por meio dos três critérios de solução de antinomias.

Acontece, no entanto, que forçosamente se aplica essa teoria clássica aos precedentes, o que se dá mediante a mutilação de suas características definidoras, reduzindo-os a uma pobre estrutura formal. Recorre-se, para tanto, ao positivismo e ao formalismo jurídico. Releva-se o conteúdo da decisão judicial tomada, dando-se ênfase a aspectos formais como o tribunal que o emite e o tipo de processo ou procedimento em que se proferiu a decisão. Essa é a dimensão positivista. Por outro lado, o formalismo impõe a tradução em termos sintéticos e formais do complexo trabalho hermenêutico operado de maneira dialética pelo julgador. Reduz-se o precedente a uma norma com a estrutura “Se f, então Sc”, sem qualquer espaço para avaliação de seu conteúdo, coerência ou integridade. Esse é o aspecto formalista.

A doutrina normativista dos precedentes se apega nesta concepção formalista e positivista do precedente, identificando, inclusive a *ratio decidendi* como uma norma geral e abstrata proveniente da decisão judicial. Cometendo, ainda, o equívoco de localizar os precedentes dentro da clássica pirâmide hierárquica normativa de Kelsen.⁴⁸¹

As origens de tal concepção normativista dos precedentes remete ao positivismo clássico de Bentham e Austin. O Direito para eles seria o conjunto de signos que declaram a vontade do soberano acerca de condutas a serem observadas pelas pessoas sujeitas ao seu poder em determinadas situações descritas. Assim, se tem o Judiciário como delegatário da soberania estatal de construir esses signos de conduta, que não seria, então, um ato de exposição do Direito, mas de criação de normas jurídicas.⁴⁸²

Posição semelhante se observa no positivismo de Kelsen, visto que para ele a decisão judicial teria o condão de criar uma norma geral, obtida através da generalização da norma individual do caso, que assumirá o caráter de precedente obrigatório para casos futuros similares. Seria, assim, a força da norma geral obtida pela generalização o fundamento da obrigatoriedade dos precedentes.⁴⁸³

Já Hart concebe a obrigatoriedade dos precedentes dentro da sua definição do Direito como conjunto de normas primárias e secundárias. É cediço que, para o positivismo hartiano, as regras de conduta para serem consideradas como Direito devem ter uma qualidade específica, um certo “*pedigree*”, que é proveniente da regra de reconhecimento. Essa seria um espécie de meta-norma, implícita no sistema, de que determinado conjunto de normas deve ser reconhecido como Direito. Assim, para Hart, a regra que confere o poder

⁴⁸¹ Para Lopes Filho, em sua obra de 2017, o ordenamento jurídico seria um sistema complexo formado por dois subsistemas. O subsistema jurídico normativo, composto pelas normas legislativas e com a estrutura piramidal e de fundamento hierárquico escalonado formal, conforme a proposta de Kelsen. Por outro lado, o subsistema jurídico dos precedentes cuja relação entre si ocorre na estrutura de rede em que os vários fatores de natureza material e formal atribuem força hermenêutica ao precedente. Ocorre, também, a interação e mútua determinação entre ambos os sistemas prevenindo a desestruturação do sistema jurídico como um todo.

⁴⁸² BUSTAMANTE, 2016, p. 279.

⁴⁸³ KELSEN, 2005, p. 216.

jurisdicional aos juízes será também autorizadora do reconhecimento de normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais que se tornarão fonte do Direito.⁴⁸⁴

A redução dos precedentes a um aspecto meramente formalista e analógico às normas legislativa é completamente redutora da experiência com precedentes e se demonstra insuficiente para lidar com diversos aspectos essenciais aos precedentes. A crítica à concepção positivista dos precedentes é feita por Lopes Filho⁴⁸⁵ nos seguintes termos:

O formalismo, por sua vez, não se adequa a um sistema de precedentes, porque suas debilidades gerais para o Direito se mostram ainda mais evidentes nesse âmbito específico. Menezes Cordeiro bem resume em dois motivos a falência da estrutura sistêmica formal: a) incapacidade de o formalismo lidar com o caráter histórico-cultural do Direito, pois “a sua configuração apresenta-se, pelo menos no seu actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade casual que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas e racionais” (CANARIS, 2002, p. XIX-XX); e b) incapacidade do formalismo ante a riqueza dos casos reais, porquanto, “na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições” (2002, p. XX). Em seguida, o autor, vaticina que, “quando invocados para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes; elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências, e daí soluções diferenciadas” Diz-se que essas insuficiências gerais se mostram mais expressivas no sistema de precedentes porque o juiz, ao julgar, realiza justamente a mediação entre o Direito e a realidade, é nesse ato que ele constrói solução dialética de um caso concreto em função da contraposição dos vários argumentos das partes, que devem ser enfrentados na fundamentação. Tudo isso, enriquece do ponto de vista hermenêutico o ordenamento jurídico, sendo o dado característico e a função precípua do sistema de precedentes. Não se faz pesquisa de jurisprudência para se buscar o que já está expresso no texto da lei ou da constituição, busca-se, em verdade, significados novos, obtidos quando o enunciado é submetido a situações concretas, reais, sendo que tudo é apresentado de maneira justificada e fundamentada. Não se pode jogar tudo isso fora para reduzir precedentes a uma norma geral e abstrata com a rígida estrutura “Se f, então Sc”.

Em verdade, a experiência com os precedentes é por demais rica, remetendo-nos a linhas de raciocínio por comparação, analogia, historicidade e aspecto da noção de igualdade jurídica e justiça. Por tal motivo é que perpassa as mais diversas experiências jurídicas de ordenamentos jurídicos dos mais díspares. Assim, não haveria de se ter apenas duas possibilidades de concepção do precedente (norma cogente ou argumento persuasivo).

Podemos observar esse aspecto com maior clareza ao se propor uma definição de precedente que tem como aspecto central não o seu caráter vinculante, mas a sua relevância

⁴⁸⁴HART, 2009, p. 126.

⁴⁸⁵LOPES FILHO, 2017, p. 161-162.

na definição do Direito em casos futuros. É essa concepção que é adotada por Robert Alexy e Ralf Dreier⁴⁸⁶ ao descrever os precedentes na Alemanha, vejamos:

'Precedent' (Prajudiz) is usually taken to mean any prior decision possibly relevant to a present case to be decided. The notion presupposes some kind of bindingness, but its use in legal discourse does not imply anything definitive about the nature or the strength of that bindingness. Also it is not necessary that the deciding court expressly adopt or formulate a decision to guide future decision making in order to talk about it as a precedent. Being relevant for any future decision insufficient.⁴⁸⁷

Esta concepção prestigia, portanto, o elemento da relevância da decisão anterior, concebendo-a como um avanço na concepção e interpretação do ordenamento jurídico e sua aplicação a um caso concreto. Percebe-se que essa noção terá sempre inserta em si como um caráter de vinculação, mas essa pode se dar de diversas maneiras e intensidades, pois para se conceber uma decisão como um precedente, basta que seja relevante para a resolução do caso futuro e um passo além.

É assim que, conforme observado por Raimo Siltala⁴⁸⁸, nos diferentes sistemas jurídicos, a vinculação aos precedentes pode se dar em vários níveis, que o autor divide em doze concepções ideológicas dos precedentes, que demonstram um grande leque de concepções, que vão desde o precedente como norma cogente até o precedente meramente persuasivo, evidenciando a artificialidade da antes mencionada “*either-or assumption*”. Essas ideologias devem ser entendidas como concepções e razões que são construídas na mente do julgador no momento de se considerar (ou não) adstrito a seguir um precedente.

A classificação de Siltala⁴⁸⁹ é bastante relevante para a concepção de precedente como força variável. Assim, o jurista finlandês propõe dividir os doze modelos ideológicos dos precedentes em quatro grandes grupos, de acordo com os aspectos privilegiados em cada concepção (Conceitual, Sistêmico, Pragmático ou Justificatório).

Nos parágrafos seguintes, poderemos ter uma noção geral de cada um dos modelos, divididos dentro dos seus respectivos agrupamentos.

⁴⁸⁶ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 23.

⁴⁸⁷'Precedente' (*Prajudiz*) é geralmente usado para significar qualquer decisão anterior possivelmente relevante para um caso presente a ser decidido. A noção pressupõe algum tipo de vinculação, mas seu uso no discurso jurídico não implica em nada definitivo sobre a natureza ou a força dessa vinculação. Também não é necessário que o tribunal de decisão adote ou formule expressamente uma decisão para orientar futuras tomadas de decisão, a fim de falar sobre isso como um precedente. Ser relevante para qualquer decisão futura é suficiente (Tradução nossa).

⁴⁸⁸SILTALA, Raimo. **A Theory of the precedent**: from analytical positivism to a post-analytical Philosophy of law. Oxford: Portland, 2000, p. 68-75.

⁴⁸⁹SILTALA, 2000, p. 68-75

Aspectos Conceituais (*Definitional Features*): 1) Operativo precedente-norma (*Operative precedente-norm conception*): concebe os precedentes através da separação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, que determinará que parte do precedente tem força vinculante ou não; 2) Ponto Referencial: regras, fatos e consequências (*Point of Reference: rules, facts and consequences, or reasons*): a regra legal estabelecida no julgamento anterior seria um ponto de referência auto evidente para a construção da decisão posterior, construindo a ligação entre regras, fatos e consequências jurídicas; 3) Operador Deontico (*Deontic Mode*): A *ratio decidendi* do caso seria uma regra legal conclusiva equivalente ao operador deontico (“S”) das normas legislativas na concepção Kelseniana estruturada em “Se F, então Sc”; 4) Regras Individuais (*Precedent-norm individuation*): os precedentes consistiriam em regras individuais, especificações concretas da norma legislativa geral e abstrata.

Aspectos Sistêmicos (*Systemic Features*): 5) Argumento de Fechamento (*Argumentative closure*): os precedentes são reconhecidos como argumentos de efeito especial e validade formal diferenciada capazes de terem autoridade de concluir a discussão. Tais sistemas que percebem os precedentes desta forma seriam sistemas de argumentação fechada e diferenciariam dos sistemas de argumentação em que são admitidos a continuidade argumentativa de razões de caráter não formal como axiológicas ou teleológicas da aplicação da lei; 6) Sistema de Estrutura Estática (*Static systemic structure: degree of systematicity in a set of precedents*): o reconhecimento da vinculação de um precedente depende do cumprimento ou não de determinados critérios sistêmicos, tendendo à permanência; 7) Sistema de Estrutura Dinâmica (*Dynamic systemic structure: binding force of the ratio of a case*): a estrutura de precedentes é vista de modo dinâmico, flexível e diacrônico, percebendo a mutabilidade natural da sociedade como motivo para diminuição da força vinculante da *ratio decidendi* de um precedente.

Aspectos Pragmáticos (*Pragmatic Features*): 8) Relação Fonte/Efeito da *ratio decidendi* do precedente (*Source/Effect of the Ratio of a case*): a força do precedente será variável de acordo com a corte que explicitou a *ratio decidendi* de um caso. Terá força prospectiva quando a definição da *ratio* depender integralmente da corte emissora e força retroativa quando a construção da *ratio* papel da corte posterior; 9) Método Argumentativo (*Method of argumentation*): diferencia-se pelos diversos usos argumentativos do precedente: meramente gramatical, lógico-dedutivo, analogia/distinção, dentre vários outros; 10) Técnicas de distanciamento de um precedente (*Techniques of departure from a precedente*): privilegia a perspectiva do precedente no desenvolvimento das técnicas de distinção e superação.

Aspectos de Justificação (*Justificatory Features*): 11) Critério de Justiça (*Criteria of justice*): concebe seguir os precedentes como um ato de Justiça e respeito ao Direito; 12) Razões Teóricas (*Theoretical background rationale*): referencia a concepção de precedente com uma teoria jurídica específica (positivismo, jusnaturalismo, realismo jurídico, historicismo, interpretativismo etc.).

Podemos aplicar tais modelos ideológicos para diferenciar as correntes doutrinárias sobre os precedentes no Brasil, conforme expomos durante este estudo, de forma a demonstrar de maneira cristalina as concepções subjacentes em cada uma das teorias. Faremos a seguir as designações de forma mais direta, pois as correntes foram objeto de estudo analítico durante este trabalho, aspecto que permite a associação das ideias com as propostas descritas por Siltala.

A Teoria Normativista dos Precedentes, exposta dentre outros por Marinoni⁴⁹⁰, identifica-se com as ideologias dispostas nos itens 3, 6, 8 e 11. Quanto ao critério conceitual, é visível a opção desta corrente em ver o precedente como norma pronta para aplicação, o que se coaduna com a ideologia do operador deôntico (item 3). Quanto ao aspecto sistêmico, a concepção de um sistema estático (item 6), em que os tribunais superiores determinam a jurisprudência, que se cristaliza e espraia através dos demais órgãos, é a mais adequada à corrente. O aspecto pragmático da fonte de força prospectiva (item 8), que tem como instrumento principal as súmulas, está presente nos estudos dos que adotam esta corrente. Por último, a forte concepção do dever de previsibilidade e segurança jurídica no Direito, nos permitem classificar essa corrente como adepta do precedente como critério de justiça (item 11).

A Teoria Processualista dos Precedentes, que se identifica nos estudos de Lucas Buril⁴⁹¹ e Ravi Peixoto⁴⁹², predomina nas concepções dos itens 10 e 11. Isso se observa pela análise profunda que é feita pelos autores quanto aos mecanismos de aproximação de distanciamento dos precedentes (item 10), com especial atenção à técnica do *distinguish*. Se depreende das obras, também, a concepção de precedente ligada à segurança jurídica, o que remete à ideologia do item 11.

A Teoria Hermenêutica dos Precedentes, sustentada por Lênio Streck, Juraci Mourão Lopes Filho, Maurício Ramires, Thomas Bustamante e outros, parece ter maior identificação com as ideologias dos itens 2, 7, 9 e 12. A concepção do item 2 é identificada na

⁴⁹⁰MARINONI, 2011.

⁴⁹¹MACÊDO, 2017.

⁴⁹²PEIXOTO, 2018.

adoção da concepção de Dworkin dos precedentes como um romance em cadeia. A concepção de um sistema dinâmico, em que os precedentes são mutáveis e ligados a um incremento de força gradual, nos permite ligar os autores à concepção exposta no item 7. A concepção do precedente como exigindo um método argumentativo de análise diferenciada das normas jurídicas legislativas, que se enquadra no chamado *case law*, admite a concepção do item 9. Por último, parece-nos que há forte influência da concepção ligada às razões teóricas, visto a ligação com o interpretativismo dworkiniano e com a hermenêutica de Gadamer.

Para além dos modelos ideológicos de precedentes, concebidos por Siltala e expostos anteriormente, temos outra construção relevante de modelos de precedentes, como é descrito por Larry Alexander e Emily Sherwin em sua obra *Judges as Rulemakers*⁴⁹³ (juízes como criadores de normas). Para esses autores, os modelos de precedentes podem ser divididos em dois grupos: o modelo natural do precedente (*natural model of precedent*) e o modelo do precedente como regra (*rule model of precedent*).

O modelo natural dos precedentes define que as cortes devem conceber o peso moral intrínseco à decisão anterior em um processo racional de consideração amplo que toma as expectativas legítimas das partes e atores sociais afetados pela decisão (*all-things-considered*). Assim, a autoridade do precedente dependerá completamente da avaliação de cunho material da corte posterior.⁴⁹⁴

Tal modelo é falho por privilegiar demais o aspecto material e a confiança na capacidade dos magistrados em promover uma avaliação moral global do mérito decisório acessando todas as informações, perspectivas e interesses relacionados ao caso. Ou seja, confiar que o julgador poderia fazer uma decisão levando tudo em consideração (*all-things-considered*) seria um equívoco diante da impossibilidade material de fazê-lo.⁴⁹⁵

Já o modelo do precedente como regra trata a decisão anterior como tendo autoridade jurídica preemptiva⁴⁹⁶ perante os julgadores que se põem diante de caso futuro que esteja dentro do domínio normativo do precedente. Nesta perspectiva, é esperado do julgador posterior que se abstenha da análise de mérito do precedente, devendo se ater à identificação

⁴⁹³ ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. *Judges as Rulemakers*. University of San Diego **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, vol.15, p. 1-26, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=591666>>. Acesso em: 30 mai. 2019, p. 1-26.

⁴⁹⁴ ALEXANDER; SHERWIN, 2014, p. 6.

⁴⁹⁵ ALEXANDER; SHERWIN, *loc. cit.*

⁴⁹⁶ Utiliza-se aqui o conceito de autoridade preemptiva em concordância com a tese proposta por Joseph Raz. A tese da preempção é parte do conceito de autoridade apresentada por esse. Para o autor a preempção seria a característica de um mandamento da autoridade que se torna o único motivo para atuar de acordo com a determinação, substituindo as razões preexistentes para o agir. Cf. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 117-129.

da *ratio* da decisão anterior, identificar suas consequências no caso presente e decidir de acordo.⁴⁹⁷

Tal concepção assume que a aplicação do precedente, apesar de presumir a interpretação do mesmo, não terá caráter criador por parte da corte posterior, que deve sempre se ater à autoridade da decisão da corte anterior como base para decisão de casos futuros.⁴⁹⁸

Conceber os precedentes em um modelo de regras presume sua aplicação pelo modo de aplicação das normas jurídicas na fórmula do tudo-ou-nada, obedecer ou rejeitar.⁴⁹⁹ Tal fato também significa admitir que a regra posta gerará situações que não atendem à justificativa inicial da regra. É o que Schauer denomina de "experiências recalcitrantes", em que a generalização feita pela norma pode se demonstrar sobreinclusiva (*over-inclusive*) ou subinclusiva (*under-inclusive*).⁵⁰⁰

As regras seriam sobreinclusivas quando se mostram excessivas, ou seja, se aplica a situações que, analisando a justificativa instauradora da norma, não seria adequada sua incidência. Por outro lado, as situações subinclusivas se reproduzem em uma escassez normativa, visto que a situação concreta em que a norma deveria incidir, em face da sua finalidade, não incidirá.

Schauer explica que isso é uma consequência de todas as regras, pois as mesmas decorrem de uma generalização do "predicado factual" que é feita através de tipos gerais e segundo uma racionalização em determinado espaço e tempo. Assim, pelas próprias limitações humanas, gerará situações de sobreinclusão ou subinclusão, decorrentes seja da linguagem, do passar do tempo e da evolução e transformação das relações sociais.⁵⁰¹

Schauer, dessa maneira, diferencia dois tipos de modelos de regras: da conversação e o do enraizamento, de acordo com as consequências conferidas às regras diante das situações recalcitrantes (sobreinclusão e subinclusão). O modelo do enraizamento não ocasiona a revisão da regra, pela sua incongruência de razões supervenientes. Já no modelo de conversação, a revisão da regra seria mandatória para preservar as justificativas originárias dessa.⁵⁰² O modelo de regras enraizadas seria o modelo dos precedentes no *common law*, segundo a concepção de Schauer. Esse ponto é bem explicado por Maués⁵⁰³:

⁴⁹⁷ ALEXANDER; SHERWIN, 2014, p. 6.

⁴⁹⁸ ALEXANDER; SHERWIN, *loc. cit.*

⁴⁹⁹ Essa concepção de regras segue o modelo já célebre de Robert Alexy.

⁵⁰⁰ SCHAUER, 2002, p. 31-41.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 17-27.

⁵⁰² SCHAUER, 2002, p. 42-52.

⁵⁰³ MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: regras, analogias e princípios. **Revista Direito GV**. Vol. 8. Ano 2, p. 587-624, jul-dez 2012, p. 597.

Para Schauer, os precedentes constituem a maneira pela qual as regras se tornam enraizadas no common law. De acordo com sua análise, um sistema de precedentes parte da ideia de que o tratamento anterior X, dado à situação A, constitui, somente por causa de seu valor histórico, uma razão para tratar A do modo X se e quando A ocorra novamente. O contraponto do argumento baseado no precedente é fornecido pelo argumento baseado na experiência. Quando raciocinamos a partir da experiência – tal como um médico que diagnostica uma doença diante do aparecimento de certos sintomas – seu valor depende da probabilidade de que o presente seja semelhante ao passado, pois, se chegarmos à conclusão de que o caso atual é diferente, a experiência anterior deixa de ser relevante. Além disso, se considerarmos que as decisões tomadas no passado estavam equivocadas, a experiência perde completamente seu valor. No caso do argumento do precedente, o fato de que algo tenha sido decidido anteriormente lhe confere peso decisório no presente, mesmo que julguemos que essa decisão estava errada.

Quando a força de uma conclusão atual se baseia integralmente em argumentos a favor ou contra ela, Schauer considera que não há recurso ao precedente, embora a mesma conclusão possa ter sido obtida no passado. Para que o precedente seja relevante, é necessário que a decisão anterior continue influenciando a decisão atual, mesmo que ela seja julgada incorreta, o que significa que o argumento do precedente funciona, essencialmente, como o argumento da regra. Da mesma maneira que o argumento da regra confere um peso independente ao resultado por ela indicado, o argumento do precedente confere um peso independente ao resultado que se assemelha àquele obtido no passado, razão pela qual ele é considerado vinculante (authoritative) e não apenas persuasivo.

Temos que analisar essas assertivas de Schauer de forma crítica, com as bases sobre as quais transcorremos no capítulo 3 deste estudo. A concepção de precedentes apresentada pelo autor remete as versões antigas da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, principalmente do século XIX, em que o Judiciário inglês sequer cogitava a possibilidade de superar seus próprios entendimentos.⁵⁰⁴ Já na experiência norte-americana, a concepção de Schauer seria equivalente à visão forte do *stare decisis* (*strong view*)⁵⁰⁵ que, como observado anteriormente, não pode ser tida como a concepção majoritária sobre os precedentes.

Admitir o enraizamento de razões também significa aceitar a autoridade dos juízes do passado para regular as situações do futuro, em detrimento das razões e das modificações sociais que possam influir na norma e construção do juízo futuro. O próprio Schauer⁵⁰⁶ observa que a disposição de regras seria uma forma de alocação de poder através do tempo, vejamos:

Because rules allocate power across time by entrenching the categories and generalizations of the past and thus dissipating the power of the present (or by entrenching the categories and generalizations of today against the pressures of tomorrow), the extent of their use also reflects the extent of decisional

⁵⁰⁴ Estamos aqui nos referindo ao abordado no item 3.1.1. deste trabalho, com atenção à decisão da *House of Lords*, última instância recursal inglesa, no caso *London Tramways v. London County Council*, em que se julgou obrigada a seguir seus próprios precedentes o que só viria a ser completamente flexibilizado no século XX.

⁵⁰⁵ STARGER, 2013, p. 19-45.

⁵⁰⁶ SCHAUER, 2002, p. 173.

conservatism within the system. Insofar as legal systems embrace rule-based decision-making, they serve as institutions to preserve the past rather than as vehicles for departure from it.⁵⁰⁷

A concepção de precedente como regra, tendo como consequência a alocação de poder impor regras com razões enraizadas não nos parece adequada ao constitucionalismo brasileiro. O enraizamento de razões que decorre da imposição de regras, parece nos uma das características que separa as normas legislativas dos precedentes. Somente o legislador está constitucionalmente autorizado, segundo o princípio da legalidade, para impor normas legislativas com estrutura de regras de razões enraizadas. O uso dos precedentes sempre estará ligado ao dever de fundamentação das decisões judiciais, expresso no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe as considerações de mérito que mais se coadunam com o modelo de conversação previsto por Schauer.

Ceder aos apelos de previsibilidade e da segurança jurídica que estão diretamente ligados à concepção formalista dos precedentes como regras significa, por outro lado, abdicar da evolução e revisão constante do ordenamento para aprimorar sua adequação às necessidades sociais subjacentes. Tal condição nos coloca diante de um risco bem observado por Bryan Gardner⁵⁰⁸:

Meanwhile, the practice of giving binding effect to the holdings in an earlier decision promotes predictability and reliance interests in the law. Here, then, we see the underlying – and, yes, competing – goals of our system of precedents at play in doctrinal guise. While seeking to ensure that like cases are treated alike and to streamline the adjudication of future disputes, the American system of precedents is more than a little wary about the fallibility of judges, the inability of anyone to foretell the future, and the danger of a dead hand's weighing down future cases with rules that must be slavishly obeyed. So if we must bind the future to gain the benefits associated with precedent, let us bind it only so far.⁵⁰⁹

Desta forma, observamos até o presente momento que concepções de precedentes que resolvem priorizar o aspecto formal ou material de sua normatividade estão fadados ao

⁵⁰⁷Como as regras alocam poder ao longo do tempo, enraizando as categorias e generalizações do passado e assim dissipando o poder do presente (ou enraizando as categorias e generalizações de hoje contra as pressões de amanhã), a extensão do seu uso também reflete a extensão do conservadorismo decisional no sistema. Na medida em que os sistemas jurídicos adotam a tomada de decisões baseada em regras, eles servem como instituições para preservar o passado e não como veículos para se afastar dele. (Tradução nossa).

⁵⁰⁸GARNER, 2016, p. 67.

⁵⁰⁹Enquanto isso, a prática de dar efeito vinculante às *holdings* de uma decisão anterior promove a previsibilidade e a proteção da confiança no Direito. Aqui, então, vemos os objetivos subjacentes - e, sim, concorrentes - do sistema de precedentes em jogo no aspecto doutrinário. Ao mesmo tempo em que procura garantir que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma e agilizam a adjudicação de disputas futuras, o sistema americano de precedentes parece pouco consciente da falibilidade dos juízes, da incapacidade de prever o futuro e do perigo de se ter mãos mortas sopesando casos futuros com regras que devem ser obedecidas ao nível da escravidão. Portanto, se devemos vincular para o futuro para obter os benefícios associados ao precedente, que essa vinculação vá apenas até determinado ponto (Tradução nossa).

fracasso e à imprecisão no trato dos precedentes. Por tal motivo é que acreditamos que a força normativa dos precedentes deve ser concebida como uma força variável, composta por elementos de natureza formal e material. Tal fato nos parece ser inclusive a perspectiva do já mencionado art. 926, do CPC de 2015, ao conjugar os elementos de estabilidade, integridade e coerência.

Faz-se necessário, assim, rejeitar a concepção dos precedentes enquanto normas com estrutura jurídica de regra aplicáveis na lógica do tudo ou nada, não se podendo reduzir os precedentes à concepção positivista das leis com estrutura de operador deôntico, ou seja, Direito como aquilo que se encaixa na fórmula “Se F, então Sc”. É assim que Dworkin rechaça que o precedente possa ter sua normatividade confundida com a das normas legislativas, como bem aponta Lopes Filho⁵¹⁰:

Especificamente em relação aos precedentes, Dworkin alerta com toda propriedade que os tomar como leis, e em especial em uma formal estrutura “Se f, então Sc”, e aplicar-lhes os métodos interpretativos destas é um erro. Os motivos que fazem dos precedentes parâmetros de conduta e julgamento não são os mesmos de seguir as leis, que se fundam na teoria democrática geral. Embora em um precedente se possa encontrar uma enunciação canônica semelhante à de uma lei, no sentido de trazer uma prescrição geral e abstrata, ele não pode ser resumido a isso.

É assim que Dworkin busca conjugar os elementos da formalidade e materialidade que compõem a força normativa do precedente judicial através da diferenciação entre a força de promulgação (*enactment force*) e a força gravitacional (*gravitational force*) dos precedentes.

A força de promulgação consiste na força conferida ao precedente decorrente do conteúdo próprio do mandamento integrante da decisão judicial, o resultado da adjudicação de um caso específico. Ou seja, quais casos futuros semelhantes serão decididos conforme a regra estabelecida no precedente. Tal força seria similar à conferida às normas legislativas, que se limitam ao que está linguisticamente descrito em seu conteúdo.⁵¹¹

Já a força gravitacional é inerente aos precedentes e deve ser concebida como uma característica dos mesmos em oferecerem a formulação de padrões jurídicos que contribuirão para um entendimento mais completo do ordenamento jurídico e contribuem para a formulação de regras futuras de forma diferente da que se dá pela interpretação e aplicação, como ocorre com a força de promulgação. Vejamos nas próprias palavras de Dworkin⁵¹²:

⁵¹⁰ LOPES FILHO, 2017, p. 165.

⁵¹¹ DWORKIN, 2002, p. 174.

⁵¹² *Ibidem*, p. 176-177.

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado. Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então este fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empreiteiro que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o empreiteiro pague indenizações, mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo.

Percebemos aqui que Dworkin compreende os precedentes em uma larga concepção do ordenamento jurídico que alberga o tratamento consistente entre cidadãos, incluída a concepção de qualidade e aceitabilidade de tal tratamento como elementos de justiça do sistema legal.⁵¹³

A força gravitacional dos precedentes apontada por Dworkin é recebida em nossa doutrina por Lopes Filho⁵¹⁴ como ganho ou enriquecimento hermenêutico, sendo essa uma das funções principais dos precedentes no ordenamento jurídico.⁵¹⁵

Desta forma, diante do exposto até esse ponto do presente tópico de estudo, podemos conferir força à hipótese de que os precedentes são dotados de uma força vinculante variável que lhe é própria. Isso ocasiona que seu uso, no âmbito da motivação das decisões judiciais, deve seguir a lógica de aferição de sua força vinculante no caso concreto, através da conjugação dos diversos fatores de natureza formal e material. Tal concepção do precedente, como uma força vinculante variável, tem suas origens nos estudos de MacCormick e em uma revisão da própria concepção de fonte do Direito, como aponta Bustamante⁵¹⁶:

Como explica MacCormick, para essa concepção a própria noção de “fontes do Direito” precisa ser revista: “Para um seguidor da visão de Dworkin, se formos tratar

⁵¹³ DUXBURY, 2008, p. 60-61.

⁵¹⁴ LOPES FILHO, 2016, p. 339.

⁵¹⁵ Lopes Filho, em sua obra de 2016, concebe quatro grandes funções desempenhadas pelos precedentes no ordenamento jurídico: I) enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico; II) segurança jurídica como coerência sistêmica e integridade; III) igualdade como dever de impedir a desintegração e hiperintegração do Direito; IV) economia argumentativa.

⁵¹⁶ BUSTAMANTE, 2012, p. 332-333.

o precedente (...) como uma ‘fonte do Direito, a concepção de fonte em questão deve ser uma radicalmente diferente daquela assumida no modelo positivista’”(MacCormick, 1998-a: 183). Aludindo a Dworkin e Gray, MacCormick desemboca em uma teoria das fontes do Direito bastante similar à que expusemos no n. 3.3.1 deste capítulo: enunciados legislativos, precedentes, *case reports* etc., “não são em si mesmos Direitos, mas *source-materials* (materiais normativos) a partir dos quais o processo de produção do Direito se desenvolve”. A determinação do sentido do Direito vai depender de um processo interpretativo (no sentido amplo proposto por Dworkin) regulado pela ideia de integridade, no qual o intérprete torna o Direito operativo através da aplicação desses materiais de forma coerente com os valores morais implícitos no Direito, sempre pautado pela finalidade de implementar “a melhor interpretação possível do precedente, enunciado legislativo ou outra fonte jurídica ‘pré-interpretativa’”.

Observe-se que MacCormick propõe uma teoria dos precedentes semelhante à que defendo aqui. É uma teoria que, regra geral, se mostra incompatível com o Positivismo Jurídico e com a ideia de que a autoridade seria o único elemento relevante para determinar a força de um precedente judicial. O peso do precedente será fixado em um discurso interpretativo onde serão ponderados os argumentos baseados na autoridade institucionalizada e os argumentos racionais em sentido estrito. Nunca um precedente terá peso absoluto, mas nunca também deixará de ter um peso na argumentação jurídica.

Para Bustamante⁵¹⁷, com amparo na doutrina de MacCormick, a determinação do peso de um precedente é um processo hermenêutico através do qual são levados em conta fatores de quatro naturezas: I) fatores institucionais; II) fatores extrainstitucionais relativos às concepções jurídico-teóricas; III) fatores extrainstitucionais de caráter normativo-estruturais e IV) correção substancial da decisão-paradigma.

Os fatores institucionais são aqueles relativos à prática jurídica de um sistema determinado, apreensíveis de modo empírico e observáveis em uma perspectiva de espaço e tempo escolhida. Tais fatores podem também ser subdivididos: a) contexto institucional (*stricto sensu*): que se refere ao desenho institucional da Estado e do Poder Judiciário e seu funcionamento; b) tradição jurídica: se no ordenamento em foco predomina a influência da experiência jurídica anglo-saxã ou continental europeia e; c) estrutura constitucional: que se divide em: c.1) relação de poder entre Legislativo e Judiciário; c.2) autocompreensão do Judiciário acerca da sua atividade; c.3) normas do direito positivo acerca dos precedentes judiciais.⁵¹⁸

Já os fatores extrainstitucionais, relativos às concepções jurídico-teóricas, podem ser divididos em dois pilares. 1) relativo às concepções jurídico-teóricas predominantes no sistema em foco acerca do Direito e do discurso jurídico, que variam de acordo com as opções por teorias positivista, jusnaturalista, interpretativistas etc.; 2) concepções acerca da

⁵¹⁷*Ibidem*, p. 329-368.

⁵¹⁸BUSTAMANTE, 2012, p. 307-329.

dogmática jurídica, no que se refere à forma como a doutrina vê seu papel na determinação do Direito.⁵¹⁹

Os fatores extrainstitucionais de caráter normativo-estruturais, por sua vez, são divididos em: a) caracteres das norma jurisprudenciais – que se referem ao grau de generalidade das normas e sua estrutura interna e; b) teorias elaboradas pelos juízes na fundamentação das decisões judiciais, que se consubstancia na coerência da justificação apresentada pelo magistrado na decisão que será tomada como precedente.⁵²⁰

Por último, a correção substancial da decisão-paradigma se propõe a uma análise sob a perspectiva de racionalização do Direito e busca de sua aplicação em uma forma substancialmente correta. Um precedente irracional ou injusto não deve ser seguido, visto que a própria finalidade da técnica do precedente é de racionalização do Direito e contribuição na correção dos seus atos de aplicação concreta. Aqui a teoria dos precedentes encontra-se com a argumentação jurídica, no sentido de identificar os elementos que tornam uma solução injusta e, portanto, digna de sobreposição.⁵²¹

A classificação de Lopes Filho⁵²², adstrita ao ordenamento jurídico brasileiro, apresenta de forma mais direta os fatores de ordem formal e material que compõem a determinação da força hermenêutica de um precedente, possibilitando uma visão mais direta e intuitiva do tema.

Para o autor, os elementos formais seriam divididos em cinco: 1) nível hierárquico da corte emissora; 2) tipo de processo em que se emitiu o precedente; 3) órgão interno do tribunal emissor; 4) votação por maioria ou unanimidade e; 5) modificação da composição da corte emissora.⁵²³ Como se depreende com facilidade, os fatores formais são focados em desdobramentos da pergunta “quem emitiu o precedente?”, dando uma ideia clara das possibilidades de aderência do precedente na estrutura judicial, considerando sua estrutura hierárquica.

Os fatores de natureza material são mais numerosos, totalizando-se, na perspectiva do autor, em doze elementos: 1) fundamentação adequada e detida da decisão; 2) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; 3) o ramo do Direito envolvido; 4) a idade do precedente; 5) coerência paradigmática ampla (observância do paradigma sistemático); 6) existência ou não de desafio ao precedente; 7)

⁵¹⁹*Ibidem*, p. 331-338

⁵²⁰*Ibidem*, p. 338-367.

⁵²¹*Ibidem*, p. 368-369.

⁵²² LOPES FILHO, 2016, p. 419-450.

⁵²³ LOPES FILHO, 2016, p. 419-425.

similitude hermenêutica das questões suscitadas; 8) guinada jurisprudencial e efeito *ex nunc*; 9) observância aos precedentes não judiciais; 10) modificação do plano legislativo ou constitucional; 11) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; 12) apoio ou desafio acadêmico.

Conjugando tais elementos formais e materiais, temos um guia de análise da força vinculante do precedente na motivação da decisão judicial relativa ao caso concreto futuro. Tal força poderá variar de forma drástica de um super-precedente⁵²⁴, até os precedentes mais fracos identificáveis no ordenamento e que estão na iminência de serem revertidos.

Logo, uma motivação clara que leve em conta todos os contornos do caso, os argumentos apresentados pelas partes, pela doutrina, por julgados no mesmo sentido e divergentes, de forma bastante completa com argumentos de pertença ao Direito, consistem em pressuposto básico para a formação de uma jurisprudência mais íntegra. Tal fenômeno ocorre, como já apontado, pois a vinculação não é algo que se faz propriamente por mera indicação de que um precedente é obrigatório, visto que existirá de qualquer modo vários modos de negar sua aplicação indiretamente, restando a verdadeira efetividade na produção de uma cultura de continuidade da ordem jurídica.

O dever de motivar não pode ser tido como uma necessidade meramente formal de uma decisão em que o juiz deve expor os motivos que lhe levaram a decidir, mas, principalmente, que os fundamentos eleitos pelo juízo tenham guarida no ordenamento jurídico, sendo argumentos jurídicos válidos em perspectiva externa, ou seja, compulsada com o conjunto de regras vigente em determinado espaço e tempo. Assim, não se admitem decisões com base em máximas de justiça, consciência do julgador ou sentimentos de justiça, visto que ausentes de real fundamentação.

Essa premissa entra no presente contexto no sentido de que, mesmo que não exposto diretamente por parte do magistrado, quando a motivação da decisão judicial analisada pode ser resumida à invocação de um precedente (o fato “a” tem consequência “b” em virtude de já ter sido decidido dessa maneira anteriormente), o magistrado está conferindo força obrigatória àquele julgado, ou seja, está admitindo a possibilidade do mesmo realizar regulação normativa direta, ser fonte jurídica primária, ter força de lei, declarando-se a possibilidade de criação judicial de direitos e obrigações em nível geral e abstrato por parte do Judiciário.

⁵²⁴ GERHARDT, 2008, p. 146-176.

A formação do precedente depende de que a decisão judicial, em um sistema de precedentes, lance mão de uma fundamentação diferenciada para além da resolução do caso concreto, devendo realizar o convencimento de que a resposta obtida é a melhor possível para aquela espécie de lide jurídica, de modo a convencer outros julgadores a levar em consideração seus argumentos.⁵²⁵

O uso dos precedentes deve ser concebido na forma de sua cultura jurídica própria, de sua argumentação diferenciada, vinculada ao estudo detido do caso precedente para determinação da *ratio decidendi*, com especial atenção aos elementos fático-jurídicos que compuseram a decisão anterior. O desenvolvimento da cultura jurídica do *case law* é um dos principais desafios que nossa prática jurídica cotidiana deve enfrentar, para que os precedentes possam realmente crescer e se integrar de forma adequada ao nosso ordenamento.

Esses desafios se mostram ainda mais amplos diante da constatação cotidiana da baixa atenção na fundamentação das decisões judiciais, que é dada pelos nossos tribunais das mais diversas instâncias. O cenário fica bem visível no relatório de pesquisa feita pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em parceria com a UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais), conforme expressa Bustamante⁵²⁶:

Não causa espanto, portanto, a constatação empírica, a partir de dados recolhidos recentemente por uma pesquisa contratada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pela UFMG, da tendência que o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais em geral têm de fundamentarem inadequadamente tanto as decisões que suspendem a tramitação de processos – para aguardar o julgamento dos recursos representativos de controvérsia – como as próprias decisões que julgam os recursos repetitivos, já que muitas vezes não abordam todos os aspectos que seriam relevantes para solucionar o problema jurídico com efeitos *erga omnes*. Nesse sentido, após análise de dados do STJ e de oito tribunais nacionais foi constatado o problema da “falta de responsividade” e “ausência de plena motivação” das decisões, “tanto no momento da formação do precedente em Recurso Repetitivo como no momento de sua aplicação pelos tribunais de segunda instância, já que é comum a existência de casos em que há argumentos e questões de direito são simplesmente ignoradas pelos órgãos jurisdicionais, sem qualquer resposta às pretensões aduzidas pelas partes no caso concreto”.

Nesse contexto, por mais que o CPC de 2015 traga disposições que apresentem uma evolução considerável no trato dos precedentes, devemos ter em conta que o *stare decisis* não é instituído da noite para o dia em razão de determinação legislativa, mas que é fruto de construção e consolidação histórica da cultura jurídica de um povo, vinculada ao respeito à integridade e coerência do sistema como objetivos do ordenamento jurídico.

⁵²⁵ MEDINA, 2013, *online*.

⁵²⁶ BUSTAMANTE, 2016, p. 296.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Dentre os problemas observados na prática dos precedentes no Brasil, podemos apontar: a) encobrimento do caso presente pelo enunciado vago do caso precedente; b) objetificação metafísica dos conceitos jurídicos; c) legitimação da arbitrariedade judicial na escolha não fundamentada de um precedente isolado ao invés de outro que diga seu oposto. Desses fatores, pode-se decorrer alguns apontamentos.

2. A prática dos precedentes no Brasil demonstra uma confusão entre os conceitos de súmula, precedente, jurisprudência e ementa. Pelo que definimos que jurisprudência é o gênero do qual fazem parte o precedente e a súmula, enquanto a ementa é apenas um instrumento de catalogação de decisões, mas que tem sido utilizado como se fosse equivalente ao precedente, ou mesmo a uma abstração da *ratio decidendi* do julgado, o que gera seu uso equivocado como elemento de motivação.

3. O fenômeno de valorização do precedente faz parte do contexto de ascensão política do Poder Judiciário, em que há um incremento na importância dada à jurisprudência na construção do Direito. O contexto em comento envolve, na ideia pós-positivista de normatividade dos princípios e ponderação de valores, a assunção de novos poderes por parte dos juízes, passando novas situações a adquirirem justiciabilidade. Contudo, uma parte dos magistrados tem adotado esses novos poderes como uma autorização para decidir conforme sua própria consciência, o que é completamente inaceitável no Estado de Direito.

4. O CPC de 2015 representou grande avanço para a força vinculante dos precedentes no Direito brasileiro, podendo se afirmar que a conjunção das normas do artigos 11, 926 e 489, parágrafo 1º, inciso VI, nos permitem identificar um dever de consideração aos precedentes no âmbito da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

5. Os precedentes não podem ser confundidos com as técnicas de padronização decisória (IRDR, IAC etc.) e nem podem ser divididos entre precedentes vinculantes e persuasivos, pois todos os precedentes, por definição, têm em alguma medida efeito vinculante.

6. A doutrina normativista tem influenciado na prática cotidiana brasileira a visão de que os precedentes consistem em enunciados jurídicos prontos para aplicação e que prescindiriam de qualquer necessidade de interpretação para incidir na regulação de um caso concreto.

7. A doutrina normativista identifica as decisões das cortes superiores, em um papel centralizador, como as únicas passíveis de formar precedentes, tendo grande

importância para o sistema e devendo ser seguidas por todas as instâncias inferiores, como uma questão de disciplina hierárquica.

8. A experiência do *common law* demonstra que a vinculação aos precedentes não ocorre na forma e intensidade buscadas pela doutrina normativista dos precedentes, como também, que os precedentes são uma entidade linguística e que, por isso, não podem fugir à interpretação e as indefinições dela decorrentes.

9. O sistema do *common law* e suas nuances tem um caráter histórico grande e que não é possível a transposição do real funcionamento desse de forma impositiva para outro ordenamento, pois ele é gerado da prática consuetudinária das decisões judiciais através dos anos. Vê-se, também, que a doutrina do *stare decisis* não é a principal responsável pelo respeito aos precedentes no sistema jurídico inglês e que esse não apresenta solução mais eficaz que o *civil law* para os problemas de segurança jurídica através da previsibilidade das decisões.

10. Vincular a força que adquire o precedente no sistema do *common law* como decorrente do seu efeito vinculante dado pelo *stare decisis* é uma visão extremamente limitada e deturpada do funcionamento daquela tradição jurídica. A real força dos precedentes está fincada na prática judiciária reiterada dos julgados, não por imposição hierárquica deste ou daquele tribunal, mas por uma evolução histórica que gera convergência de pensamentos acerca de determinadas matérias, que passam a fazer parte do costume Judiciário em segui-las, até que se mostre não mais indicado fazê-lo.

11. O fato dos juízes do *common law* respeitarem determinados precedentes é fruto do desenvolvimento daquele precedente dentro da comunidade jurídica, através do uso recorrente em julgamentos subsequentes que se baseiam na crença, por parte dos julgadores, na necessidade de fundamentar sua decisão à luz do que já foi anteriormente tratado acerca do tema, seguindo-se o modelo da *chain novel* de Dworkin.

12. A tradição de seguir precedentes, que pode ser traduzido como jurisprudência íntegra, é pressuposto da aplicação do *stare decisis*, que funciona mais como cláusula de fechamento que internaliza o costume no sistema. Portanto, a integridade da jurisprudência e coerência do sistema, através do costume em seguir julgados anteriores, não é fruto do *stare decisis* e da força obrigatória destas decisões, mas pressuposto básico de seu funcionamento.

13. O funcionamento do costume de seguir precedentes, por sua vez, tem como pressuposto a fundamentação da decisão em uma estrutura produtora de um precedente que possa ter sua análise realizada claramente pelos julgadores posteriores, para produzir o real sentido do precedente da sua sucessiva interpretação.

14. A motivação adequada das decisões pode servir como parâmetro de modificação da atitude do julgador para produzir julgados que realmente possam servir de modelo posterior, cuja demonstração de pertença ao ordenamento jurídico é bem embasada e fundamentada, levando em conta nos seus fundamentos o histórico interpretativo de casos semelhantes. Tal atitude é o ponto de partida inicial para que se possa ter um sistema jurisprudencial com coerência suficiente, para que seja possível um sistema de vinculação jurisprudencial similar ao *stare decisis*.

15. Tanto o precedente judicial como a lei escrita consistem em textos que serão interpretados e, somente dessa interpretação, é que será revelada a norma jurídica propriamente dita que regerá o caso. Dentro dessa atividade interpretativa, devido à ambiguidade que é natural da linguagem, há um campo determinado mas, também, há um determinado grau inescapável de indeterminação. Essa indeterminação será resolvida pelo aplicador da norma, que neste momento realizará atividade criadora e essa escolha que dará fim à indeterminação merece controle para garantir sua pertença ao ordenamento jurídico, tal condição é base da legitimidade da decisão judicial.

16. A defesa da vantagem de um sistema de precedentes para evitar as incertezas da interpretação parece contraditório, em termos hermenêuticos, pois onde anteriormente se via interpretada a norma legal estará, inevitavelmente, a se interpretar o precedente judicial, podendo gerar incertezas semelhantes.

17. As evoluções do constitucionalismo contemporâneo fazem com que a aplicação do Direito sofra influências decisivas de outras fontes que não apenas o antigo modelo de norma regra que dita conduta, mas de princípios jurídicos de textura normativa aberta, da jurisprudência, da doutrina jurídica, da moral social e até de máximas da experiência ou do senso comum. Em tal cenário, que se mostra tão aberto aos eventuais excessos do julgador, a motivação das decisões é a garantia que reside entre a medida da hermenêutica e a segurança jurídica, pautada no respeito ao sistema jurídico.

18. A justeza da decisão, em tempos do Direito discursivo, está cada vez mais ligada ao caso concreto e suas necessidades, por isso mesmo é que a ferramenta para controlar o julgador também deve ser singular e individualizado como o controle do dever de motivar, observando-se, nas nuances do caso concreto, se foi atendido o mandamento constitucional.

19. O Estado Democrático de Direito expressa uma concepção sobre o exercício do poder estatal, que se expressa na sua limitação constante através dos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma estrutura em que o respeito à legalidade, à separação dos poderes e à inviolabilidade dos direitos, como objetivos centrais da ordem jurídica

constitucional. Tal concepção está intimamente ligada com a tarefa de expressar e publicizar as razões de cada decisão tomada pela autoridade estatal, de modo a possibilitar a verificação de compatibilidade com o sistema de direitos, podendo ser identificado, inclusive, como o “Estado que se justifica”.

20. A fundamentação deve demonstrar a validade da decisão em perspectiva interna e externa, como possível resposta lógica e legítima ao problema a que o magistrado tem sob sua análise, levando como pressupostos as normas aplicáveis e os argumentos das partes como algo a ser considerado como possível resolução da demanda, em respeito ao princípio do contraditório real.

21. O dever de motivar não pode ser tido como uma necessidade meramente formal de uma decisão em que o juiz deve expor os motivos que lhe levaram a decidir, mas, principalmente, que os fundamentos eleitos pelo juízo tenham guarida no ordenamento jurídico, sejam argumentos jurídicos válidos em perspectiva externa, ou seja, compulsada com o conjunto de regras vigente em determinado espaço e tempo. Assim, não se admitem decisões com base em máximas de justiça, consciência do julgador ou sentimentos de justiça, visto que ausentes de real fundamentação.

22. A concepção do precedente como uma força vinculante variável, que incidirá no âmbito dos fundamentos da decisão judicial, analisando os aspectos de normatividade formal ao mesmo tempo em que se julga os aspectos materiais da qualidade da decisão anterior, é a perspectiva acerca dos precedentes mais adequada ao constitucionalismo brasileiro.

23. A real implementação de uma teoria dos precedentes adequada ao direito brasileiro depende, para seu sucesso, da superação da dicotomia entre precedentes vinculantes e persuasivos e da perspectiva do precedente como uma imposição unilateral das cortes superiores. Devendo, assim, priorizar o estudo de caso (*case law*) como forma de argumentação diferenciada aplicável aos precedentes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **Que é isto? O Precedente Judicial e a Súmula Vinculante**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ALEXANDER, Larry A.; SHERWIN, Emily. Judges as Rulemakers. University of San Diego. **Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. vol. 15. 2004, p. 1-26. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=591666>>. Acesso em: 24.05.2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 17-64, 1997.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica, Perelman, Toulmin, Maccormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2000.

AUSTIN, John Langshaw. **Cómo Hacer Cosas com Palabras**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2012.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Panorama do acesso à justiça no Brasil, 2004 a 2009**. Brasília: CNJ, 2011. 74 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_panorama_acesso_pnad2009.pdf>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.105.229, MG. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 18 de março de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18489857/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1105229-mg-2008-0256564-1-stj/certidao-de-julgamento-18489860>>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889, AL. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 11 de junho de 2001. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em:

<<https://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 755.271, DF. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 16 de junho de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15817636/agravo-regimental-nos-embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-agrg-nos-eresp-755271-df-2010-0068803-2-stj/relatorio-e-voto-16837818?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1667-9, DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 25 de setembro de 1997. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347201>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 227001, 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 out. 2007. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:2007-09-18;227001-3625747>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 1987, DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 01 de outubro de 2003. **Diário de Justiça**. Brasília, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+1987%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+1987%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4ns282>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem**: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *In*: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues. MACÊDO, Lucas Buriel (coord.). **Precedentes**. 2.ed. Salvador: p. 275-300, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noneses, 2012.

CAMPOS, Sergio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: SAFE, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law.** Oxford: Clarendon Press, 2004.
- DAKOLIAS, Maria. Banco Mundial. **O SETOR JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE: ELEMENTOS PARA REFORMA.** Washington: Banco Internacional Para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996. 61 p. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2019
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DAVID, René. **O Direito Inglês.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of Precedent.** Cambridge: University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. Natural Law Revisited. **University of Florida Law Review**, Florida, v. 34, n. 2, 1982.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, André Dias. **Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*.** Salvador: Juspodivm, 2009.
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FRANK, Jerome. **Law in the modern mind.** London: Stevens and Sons, 1949.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12. ed. (Pensamento humano). Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- GARNER, Bryan A. **The law of judicial precedent.** St. Paul: Thomson Reuters. 2016.
- GERHARDT, Michael J. **The Power of Precedent.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: RT, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Competência da Justiça do Trabalho**. Fortaleza: Tear da Memória, 2009.

HART, Herbet L. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HARZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michelle. **American Civil Procedure: an introduction**. Yale: Yale University Press, 1993.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HONDIUS, Ewond. Precedent and the Law. **Electronic Journal of Comparative Law**. Holanda, vol. 11, ano 3, p. 1-18, dez. 2007. Disponível em: <www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. Traduzido por Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACOMBIE, Margarida. **Hermenêutica e Argumentação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LAKOFF, George. **Women, Fire and Dangerous Things**. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

LINDQUIST, Stefannie; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin's chain novel: Studying the path of precedent. **New York University Law Review**, vol. 80, n. 4, p. 1156-1206, 2005. Disponível em: <<https://www.nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-80-4-Lindquist-Cross.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Sistematização de precedentes e ordenamento jurídico: proposta de um paradigma teórico. **Revista de Direito Brasileira**, v.18, n.7. p. 149-172, set./dez.2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 237, ano 39, nov/2014. Paginação irregular.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Súmula 239 do STF**. 2007. Disponível em: <<http://direitoedemocracia.blogspot.com.br/2007/12/smula-239-do-stf.html>>. Acesso em: 09.07.2013

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEDINA, José Miguel Garcia. Jurisprudência não está, nem pode estar, acima da lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 set. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-09/processo-jurisprudencia-nao-nem-fonte-direito>>. Acesso em: 30 maio 2019.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin, a dignidade do processo e a dupla dimensão da resposta correta. **ABDPRO - Empório do Direito**, Florianópolis, n. 55, 24 out. 2018. Não paginado. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-55-dworkin-a-dignidade-do-processo-e-a-dupla-dimensao-da-resposta-correta>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo código de processo civil e a decisão judicial democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? *In*: STRECK, Lênio Luiz. ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil- Coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, p. 85-111, 2016.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NIETO, Alejandro. **El Desgobierno Judicial**. Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero, 2004.

NUNES, Dierle. Problemas para o dimensionamento de técnicas para litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências

‘não compreendida’ de padronização decisória. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Revista de Processo: RePro**, Belo Horizonte, v. 36, n. 199, p. 41-82, set. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80913>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **A Teoria Pura do Direito e a Argumentação**. (20--). Traduzido por Cassio Scarpinella Bueno. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/traducoes/trad-1.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019.

PONTES, Fernando Demétrio de Sousa. **Fundamentação das Decisões Judiciais e Interpretação Jurídica: estudo comparativo entre as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer e do Modelo Toulmin de argumentação racional**. 2017. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29579/1/2017_dis_fdspontes.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: atlas, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e Crítica da Jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, vol. 891, p. 65-90, jan. 2010.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Law Series, 2002

SILTALA, Raimo. **A Theory of the precedent: from analytical positivism to a post-analytical Philosophy of law**. Oxford: Portland, 2000.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do Precedente à Súmula Vinculante**. Rio De Janeiro: Juruá, 2011.

STARGER, Colin. The dialectic of Stare Decisis doctrine. In PETERS, Christopher J.(editor). **Precedent in the United States Supreme Court**. Baltimore: Springer, p. 1-25, 2013.

Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2251556>. Acesso em: 30 mai. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc#_ftn1>. Acesso em: 26 mai. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert S. Precedents in the United States (New York State). *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 355-406, 1997.

TARUFFO, Michelle. **La Motivación de la Sentencia Civil**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michelle; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 141-188, 1997.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRIBE, Laurance; DORF, Michael. **On reading the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TROPE, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. (org.). **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 103-140, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: DPJ, 2005.

WEBER, Marx. **Economia e Sociedade**. Vol. 2. Brasília: UNB, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

WROBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of law.** Kluwer Publishers: Netherlands, 1992.