

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

ANDRÉ FREDERICO DE SENA HORTA

PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E PRECEDENTES:
A fundamentação decisória e a concepção do direito como integridade.

BELO HORIZONTE

2017

ANDRÉ FREDERICO DE SENA HORTA

PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E PRECEDENTES:
A fundamentação decisória e a concepção do direito como integridade.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel
Gonçalves

BELO HORIZONTE

2017

H821p Horta, André Frederico de Sena
Processo jurisdicional democrático e precedentes: a
fundamentação decisória e a concepção do direito como
integridade / André Frederico de Sena Horta – 2017.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Processo civil – Teses 2. Precedentes judiciais – Teses
3. Decisão judicial – Brasil I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 347.9(81)

André Frederico de Sena Horta

PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E PRECEDENTES:

A fundamentação decisória e a concepção do direito como integridade.

Dissertação apresentada e aprovada perante o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, visando à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 07 de julho de 2017.

Membros da Banca Examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Orientador

Professora Doutora Mônica Sette Lopes

Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes

Professor(a) Doutor(a)
Membro Suplente

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Gláucio Maciel, por me ter escolhido como orientando e guiado os meus passos ao longo dos últimos anos.

Agradeço imensamente ao Prof. Dr. Dierle Nunes, que me acompanha desde os tempos da graduação e encoraja a minha longa caminhada no processo civil, acreditando no meu potencial e me propondo cada vez mais desafios a serem vencidos.

Aos meus colegas de escritório, João, Deilon, Léo, Isa, Dri, Yberê, Adriana e Rodrigo, assim como aos mais novos membros, Eduardo e Guga, que me acolheram e tanto apoiaram e incentivaram os meus estudos, compreendendo as minhas limitações e estendendo a mão sempre que precisei.

Aos meus queridos amigos, Hélder, Paulo e Rafael, que a distância não é – e nunca será – capaz de separar.

Ao meu amor, Ana Beatriz, que está sempre ao meu lado e me inspira dia após dia a lutar pelos meus sonhos.

À minha família – Tili, Inque e Dabo – e, especialmente, ao meu pai, Hugo, que nunca duvidou de mim, e à minha mãe, Maria Angela, que sempre me escutou e compreendeu e até hoje me ensina a inefável beleza de viver.

Dedico essa dissertação aos meus avós, Nair Fontes Frederico
e José Frederico Sobrinho – *in memoriam*.

“Absolute confidence or clarity is the privilege of fools and fanatics.”

Ronald Dworkin – Justice for Hedgehogs

RESUMO

A presente dissertação se insere no contexto de crescente utilização das técnicas de direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, verifica-se que a prática judiciária revela um preocupante despreparo dos juízes e tribunais em lidar com a formação e aplicação de paradigmas decisórios: o debate processual tem se transformado em uma compilação de fundamentos encontrados em um banco de dados constituído por decisões-modelo, ementas e enunciados de súmulas, como se esses dados existissem apenas para confirmar um entendimento pré-concebido, sem uma efetiva preocupação em promover um debate processual prévio acerca de tais fontes normativas, ou de sua adequação, pertinência e atualidade. A pesquisa desenvolvida adota como marco teórico a concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin e busca enfrentar as deficiências constatadas na prática judiciária brasileira, pois se acredita que os equívocos constatados na formação e aplicação do direito jurisprudencial estão radicados na ausência de aportes teóricos adequados e suficientes para a implementação das garantias processuais fundamentais.

Palavras-chave: Processo Civil. Precedente. Integridade. Garantias processuais.

ABSTRACT

The present essay is on jurisprudential law and the rising use of its techniques in the Brazilian legal order. Despite this, we may identify unprepared judges and courts in dealing with the formation and application of standardized decisions: the procedural debate has become a compilation of legal fundamentals found in a database constituted by common standards, as if these data existed only to confirm a preconceived understanding without an effective concern to promote a prior procedural debate on such standards or their adequacy and relevance. The research adopts as theoretical framework the conception of law as integrity as constructed by Ronald Dworkin and seeks to address the deficiencies found in Brazilian judicial practice because we perceive that the misconceptions found in the formation and application of jurisprudential law are rooted in the absence of adequate and sufficient theoretical inputs for the implementation of fundamental procedural guarantees.

Keywords: Civil Lawsuit. Precedent. Integrity. Procedural guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
PARADIGMAS PROCESSUAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: constitucionalismo e democracia e os seus reflexos no direito processual civil	13
O modelo constitucional de processo: fundamentação das decisões e contraditório	20
O neoliberalismo e os seus reflexos no direito processual civil	26
A Reforma do Judiciário e o Código de Processo Civil de 2015	30
PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS EM FOCO	40
A Escola da Exegese.....	40
A Escola Analítica de Jurisprudência	42
Da Jurisprudência dos Conceitos à Escola de Direito Livre	43
O positivismo de Kelsen.....	44
O positivismo de Hart.....	45
Ronald Dworkin: unidade do valor e resposta correta	48
Ronald Dworkin: crítica ao positivismo e à discricionariedade judicial	54
Resposta aos processualistas brasileiros.....	67
A DOCTRINA DO PRECEDENTE JUDICIAL	75
O necessário excursus histórico	79
O ciclo virtuoso do precedente judicial e a formação de expectativas normativas	87
Técnicas da doutrina do precedente judicial.....	93
Trabalhando com precedentes antagônicos	97
Constituição, leis e case law	99
O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	103
Controle de constitucionalidade	107
Efeito vinculante e eficácia erga omnes	109
Objetivação do recurso extraordinário?.....	117
As súmulas.....	129
O microsistema de litigiosidade repetitiva.....	132
O novo Código de Processo Civil: sistema brasileiro de precedentes vinculantes?.....	143
CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	155

INTRODUÇÃO

A forma de estruturação do sistema jurídico guarda estreita correlação com a organização estatal em determinado momento histórico, condicionando a realização da atividade humana a um dado paradigma que possibilita uma vetorização interpretativa para a resolução de questões jurídicas.¹ Por isso, as reflexões acerca do direito processual devem partir de marcos teóricos adequados para a correta interpretação e aplicação de seus institutos, o que exige uma reconstrução histórica de paradigmas filosóficos que tiveram (e ainda têm) ressonância no campo processual e nas reformas constitucionais e legislativas empreendidas ao longo do tempo.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, originou-se um texto programático, compromissário e dirigente, inspirado no movimento constitucionalista europeu que repercutiu no mundo ocidental provocando profundos processos de reestruturação política e jurídica cuja correta compreensão depende de um entendimento acerca do significado do constitucionalismo moderno e de sua relação com a democracia.

Carvalho Netto e Scotti, com base em Dworkin, defendem, com razão, que democracia e Constituição “se encontram e se ressignificam na concepção de democracia como parceria política”, pois não “há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social”.²

Por parceria política, entende-se que, a despeito da existência de uma maioria – representada por indivíduos pertencentes a certa condição socioeconômica, com determinado credo religioso, tonalidade de pele específica, de um ou outro gênero, tenham ou não a mesma orientação sexual –, as pessoas, ainda assim, devem se respeitar e se reconhecer mutuamente, e é esta reciprocidade que os direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição visam proteger. Na lição Dworkiana, a moral exige de uma comunidade política coercitiva que todos os sujeitos sob seu domínio sejam tratados com igual consideração e respeito.

A Constituição não deve ser encarada como um produto acabado e completo, pois se encontra em perene reconstrução pela e para a sociedade, eminentemente pluralista e cujos cidadãos se atribuem direitos e reconhecem-se reciprocamente como iguais em suas diferen-

¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito*: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 132.

² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2011, 98-99.

ças em um espaço assegurador das liberdades individuais e políticas e da possibilidade de influência no projeto constitucional³.

Se, por um lado, parcela da comunidade jurídica pátria ainda não se deu conta da extensão e profundidade da reestruturação promovida pela Constituição da República, a qual afeta todas as áreas do direito, por outro, a contextualização da doutrina do precedente judicial no direito processual brasileiro à luz da Constituição e do paradigma por ela inaugurado é imprescindível para se analisar de maneira crítica e propositiva um tema que gradativamente despertou a atenção da doutrina ao longo das últimas décadas, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

A promulgação do novo CPC se alinha a uma tendência reformista que remonta ao final da década de 1990 e revela que a prática judiciária brasileira está bastante permeável ao direito jurisprudencial. Contudo, há um preocupante despreparo dos juízes e tribunais em lidar com a formação e aplicação de paradigmas decisórios: o debate processual tem se transformado em uma compilação de fundamentos encontrados em um banco de dados constituído por decisões-modelo, ementas e enunciados de súmulas, como se esses dados existissem apenas para confirmar um entendimento pré-concebido, sem uma efetiva preocupação em promover um debate processual prévio acerca de tais fontes normativas, ou de sua adequação, pertinência e atualidade.

Essa prática se aproxima de algumas características do positivismo jurídico, desenvolvido em uma época na qual os modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação foram à falência e emergiu, em primeiro plano, a questão da indeterminação de sentido do direito. Ainda é bastante presente no imaginário de parcela dos juristas a concepção Kelseniana de que a discricionariedade judicial autorizaria uma escolha de sentido para solucionar determinado caso, o que se daria a partir de um ato de vontade.

Além disso, as dificuldades decorrentes de um viés neoliberal da prática jurídico-judiciária brasileira, preocupada apenas com a eficiência quantitativa, e de uma socialização processual, defensora do protagonismo judicial e da existência de escopos metajurídicos a serem alcançados, esvaziam o papel de garantia que o processo e seus princípios constitutivos representam.

A pesquisa desenvolvida considera as deficiências constatadas na prática judiciária brasileira, com enfoque no direito jurisprudencial, para que possamos identificar e resgatar o pa-

³ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de mestrado, Faculdade de direito do Sul de Minas, 2012, p. 77.

pel técnico e institucional da jurisdição, pois acreditamos que os equívocos constatados na formação e aplicação do direito jurisprudencial estão radicados na ausência de aportes teóricos adequados e suficientes para a implementação das garantias processuais fundamentais.

No Primeiro Capítulo, buscaremos compreender o constitucionalismo moderno como condição de possibilidade para o correto dimensionamento da relação entre jurisdição e Constituição a partir da qual é possível falar-se em uma teorização do precedente judicial e de suas funções na realização do Estado Democrático de Direito em solo pátrio.

No Segundo Capítulo, analisaremos os principais paradigmas jus-filosóficos desde o surgimento do Estado Moderno, relacionando-os com alguns dos principais desafios do direito processual, notadamente a legitimidade do exercício do poder jurisdicional em face da exigência da adequada fundamentação decisória e da concepção do direito como integridade, segundo Dworkin.

No Terceiro Capítulo, apresentaremos as noções básicas do precedente judicial, resgatando alguns dos principais aspectos históricos do desenvolvimento do direito inglês e norte-americano, o *stare decisis* e as técnicas da doutrina do precedente, a fim de fornecer os aportes teóricos necessários para a análise de um suposto movimento de convergência entre o direito brasileiro e o *common law*.

No Quarto Capítulo, as reformas processuais mais recentes e o Código de Processo Civil de 2015 serão tematizados no marco do constitucionalismo brasileiro e à luz das conclusões parciais atingidas nos capítulos anteriores, com enfoque no suposto “sistema de precedentes obrigatórios” instituído pelo novo Código, bem como na suposta eficácia vinculante que parcela da doutrina reconhece a determinados paradigmas decisórios.

– PRIMEIRO CAPÍTULO –

PARADIGMAS PROCESSUAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo das últimas décadas, as transformações pelas quais o mundo atravessou na política, na economia, na sociologia, no direito e nos mais diversos campos do conhecimento quebraram paradigmas estabelecidos, dando origem a novas possibilidades e desafios.

A compreensão da extensão e profundidade dessas mudanças no campo jurídico não seria possível sem o estudo do constitucionalismo contemporâneo: do modelo de Constituição formal, próprio de um Estado Liberal que lhe conferia um papel de mera ordenação, passou-se por um processo de revalorização do direito, que assumiu um papel transformador da sociedade a ser pensado dia após dia.⁴

Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: constitucionalismo e democracia e os seus reflexos no direito processual civil

O marco inicial do constitucionalismo moderno coincide com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos da América (1787, após a Independência das 13 colônias em 1776) e da França (1791, decorrência da Revolução Francesa)⁵, e apresenta duas características bastante definidas: a organização do Estado, com a limitação do poder estatal, e a previsão de direitos e garantias fundamentais. O paradigma liberal, influenciado pelo iluminismo, conduziu à configuração do direito como fruto da razão e da humanização.

Na Inglaterra, há diversos antecedentes históricos de cartas e estatutos assecuratórios dos direitos fundamentais: a Magna Carta (1215-1225), embora de nítido caráter feudal, tornou-se símbolo das liberdades públicas e constituiu o esquema básico do direito constitucional inglês; a *Petition of Rights* (1628) reforçou o que já constava da Magna Carta, frequentemente desrespeitada pela Monarquia; o *Habeas Act* (1679) fomentou as reivindicações de liberdade e suprimiu as prisões arbitrárias, constituindo a mais sólida garantia de liberdade

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

⁵ Apesar de Estados Unidos e França terem desempenhado um papel comum no que concerne o constitucionalismo moderno, é necessário destacar uma importante diferença entre ambos: enquanto nos Estados Unidos já se reconhecia a força normativa da Constituição (tanto é que poucos anos após a promulgação de sua Constituição, em 1803, já se realizava controle constitucional difuso), na França se sustentava a primazia da lei, em razão da sobrevalorização que se deu ao Legislativo, em contraposição à redução substancial sofrida pelo Judiciário, que era mal visto pela sociedade na época em razão de sua proximidade com a Monarquia no período que antecedeu a Revolução.

individual; e o *Bill of Rights* (1688) estabeleceu a supremacia do Parlamento e limitou os poderes Reais à declaração de direitos, dando origem à monarquia constitucional submetida à soberania popular.⁶

Nos Estados Unidos da América, a Declaração de Virgínia (1776), que foi anterior à independência norte-americana, constituiu a primeira declaração de direitos na acepção moderna, tendo sido influenciada pela filosofia de Locke, Rousseau e Montesquieu.⁷ Embora a Constituição dos Estados Unidos não contenha uma carta de direitos, em 1791 foram aprovadas suas dez primeiras emendas, as quais constituem o *Bill of Rights* norte-americano e asseguram os direitos de liberdade de culto, de religião, de imprensa e de reunião pacífica, o direito de petição, a inviolabilidade da pessoa e de suas posses, o direito de defesa e a um julgamento de acordo com o devido processo, o direito de propriedade, a proibição da escravatura e servidão involuntária, a igualdade perante a lei e a proibição de leis retroativas.⁸

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), promulgada no mesmo contexto iluminista que influenciou as demais declarações, tem conteúdo mais abstrato e universalizante. Os direitos do Homem são pré-sociais, concernentes ao ser humano independentemente de sua integração a uma sociedade, a exemplo de sua liberdade, propriedade e segurança; os direitos do Cidadão, por sua vez, têm matiz política e tratam dos direitos civis.⁹

Essas conquistas criaram as condições necessárias para que a modernidade se completasse no campo do direito e da política, pois até então seus fundamentos eram reconduzidos às exigências morais do direito natural, muitas vezes confundido com o poder do soberano. A concepção liberal enfatizava a submissão ao império da lei e a divisão dos Poderes, e os liberais pretenderam restringir ao máximo os poderes do Judiciário, ainda visto com grande desconfiança na França, em razão de sua histórica proximidade com a monarquia do Antigo Regime.

Os direitos e garantias individuais eram enunciados a partir da reunião de interesses privados encaminhados à administração estatal cuja finalidade era utilizar o poder político

⁶ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 136-137.

⁷ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 137-140.

⁸ A rigor, apenas as oito primeiras emendas podem ser consideradas integrantes do *Bill of Rights*, assim como a décima quarta emenda, que, sob o aspecto material, estendeu aos cidadãos os mesmos direitos fundamentais que antes se podia invocar apenas contra o poder público da União. MACIEL, Adhemar Ferreira. *O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 3-4.

⁹ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 140-141.

para atingir metas majoritárias, reduzindo a sua atuação ao mínimo necessário para garantir os direitos então conquistados, sobretudo à liberdade e à propriedade.

As profundas desigualdades socioeconômicas geradas pelo abstencionismo do Estado Liberal para com os direitos e interesses de cunho social e transindividual provocaram inúmeros movimentos ainda ao final do século XIX e, principalmente, ao longo do século XX, dando origem ao paradigma do Estado Social. Não bastava que se enunciassem as liberdades do ser humano se não se conseguia efetivá-las materialmente.

As concepções formais e abstratas de liberdade foram duramente criticadas, sendo o Manifesto Comunista o mais importante documento político nesse sentido, ao lado da Declaração do Povo Trabalhador e Explorado. Também se pode citar a Revolução de 1848, com uma Constituição de curta duração, a Revolução Mexicana (1917), que promulgou uma Declaração dos Direitos Sociais, e a Constituição de Weimar (1919).¹⁰

O desafio era transformar o Estado de Direito em um Estado menos neutro e formal e mais preocupado com a realização dos direitos sociais sem que fossem perdidas as garantias conquistadas anteriormente. Os deveres estatais, antes de caráter apenas negativo, assumiram também um caráter positivo que exigiu uma postura ativa para se assegurar os direitos sociais mínimos.

Contudo, a incapacidade do Estado Provedor de cumprir as suas diversas promessas conduziu a uma crise que se instaurou a partir da década de 1970, provocando o desgaste da perspectiva materialista do Estado de Bem-Estar social de proporções agigantadas e de cunho assistencialista e populista.

Com a crise dos modelos Liberal e Social do Estado Moderno, surgiram os primeiros contornos de um terceiro paradigma, que mantém em tensão as perspectivas anteriores: o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma se estrutura sobre a soberania popular e sobre a realização dos direitos fundamentais individuais e sociais. Especialmente após a II Guerra Mundial, havia dificuldades em se continuar aceitando uma concepção de ordenamento jurídico indiferente à moral, ou do direito como simples expressão da lei. Isso abriu novos caminhos para um amplo conjunto de reflexões, ainda em construção, sobre a teoria do direito e sua função na sociedade.

Segundo Marcelo Cattoni, a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, de modo que, por um lado, o constitucionalismo e a própria Constituição não podem mais ser compreendidos como a mera defesa de uma esfera privada e do exercício da autonomia en-

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 142-144.

quanto liberdade negativa contra o público; por outro, não se pode conceber a Constituição como uma ordem jurídica material e apriorística a dirigir a sociedade como um só organismo em direção a uma única forma de vida digna.¹¹

Em verdade, a Constituição revela um compromisso político e um processo de cunho hermenêutico de interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais que consiga garantir o pleno exercício das autonomias público e privada. Se, por um lado, o mero reconhecimento formal dos direitos não é suficiente para se garantir a autonomia privada dos cidadãos, por outro, sua simples materialização nos chamados direitos sociais também não garante a construção plena dessa autonomia pública, pois trata o cidadão como cliente de um aparato estatal paternalista.

Apenas mediante espaços de discussão pública, institucionais ou não, nos quais assegurada a participação de todos em igual respeito e consideração de suas diferenças é que se poderá lidar com as desigualdades em busca da construção democrática da cidadania política em uma perspectiva de soberania popular (autonomia pública) e de direitos humanos (autonomia privada).¹²

Se no liberalismo a tensão se focava na vontade geral, aqui representada pelo Poder Legislativo, e no Estado Social, em um Executivo que deveria resolver as mais diversas necessidades da população mediante políticas públicas, o Estado Democrático de Direito reformula as relações políticas, aumentando substancialmente as demandas pela ação do Poder Judiciário¹³.

O direito processual acompanhou essas transformações políticas: no liberalismo processual, adotava-se o princípio da escritura, o processo era dominado pelas partes e tinha longa duração, pois o juiz, passivo e mecânico, não tinha poder de conduzi-lo adequadamente, imperando o formalismo e o princípio dispositivo. Além disso, os sistemas processuais liberais comumente eram lastreados na igualdade formal dos cidadãos, o princípio do contraditório era reduzido à mera bilateralidade de audiência, e a atuação do Judiciário se limitava à aplicação de regras.¹⁴

¹¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42-43.

¹² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 315.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

¹⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 73-77.

A percepção de que a primazia do princípio dispositivo sobre o direito material favorecia a esperteza da parte mais hábil e a crise do Estado Liberal engendraram o contexto certo para a realização de diversas reformas voltadas para a correção de um sistema processual degenerado.

Uma nova perspectiva teórica idealizada por Menger¹⁵, Klein e Bülow¹⁶ deu origem ao socialismo processual, cuja ideia central era defender que o direito seria um instrumento de transformação social, com maior intervenção legislativa, enfraquecimento do papel das partes e consequente reforço dos poderes do magistrado – no Brasil, essa perspectiva foi bastante disseminada por Dinamarco.¹⁷

O agigantamento do aparato estatal e uma crescente preocupação com as questões sociais deram origem a uma defesa do protagonismo judicial, segundo o qual caberia ao magistrado instruir o cidadão acerca do direito vigente e compensar a hipossuficiência da parte mais pobre com uma postura que lhe fosse favorável.

Além disso, o processo deveria servir para legitimar as pré-compreensões do juiz, o qual (supostamente) seria capaz de, captando os valores pulsantes da sociedade, aplicar solitariamente o direito, pacificando os conflitos a partir de uma visão consequencialista de suas decisões. Representativo dessa perspectiva foi o “bom juiz” Magnaud, conhecido por suas sentenças socializadoras e sua alegada sabedoria incomum.

A partir do segundo pós-guerra, verificou-se uma maior preocupação da ciência processual também com as questões sociais, principalmente em razão dos movimentos pelo acesso à justiça, com a busca por um processo ágil, a defesa dos interesses dos hipossuficientes e dos direitos transindividuais e a simplificação do processo.

O “Projeto de Florença de Acesso à Justiça”¹⁸ foi o ápice desse segundo momento de socialização processual e repercutiu em diversas reformas processuais brasileiras, a exemplo da criação dos Juizados Especiais, a diminuição do cabimento de recursos, a criação de tipos

¹⁵ Imbuído de princípios socialistas, defende que, inexistindo um preceito taxativo, o juiz deve se inspirar no direito realmente adequado às condições políticas, sociais e econômicas da atualidade, motivando a sua sentença em considerações de oportunidade e preparar, no interesse das classes mais pobres, a transformação do direito civil. ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito Civil brasileiro: o método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas*. Volume IV. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940, p. 117.

¹⁶ Sustentou que a insuficiência das fórmulas legais, em contato com a força da realidade, leva o juiz a decidir contra a própria lei, e o legislador deve consentir com isso, havendo-se que se reconhecer à sentença um aspecto produtivo e criativo, sob o aspecto social. ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *O método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas*. Volume IV. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940, p. 110.

¹⁷ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª edição, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

¹⁸ CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

diferenciados de procedimento e o aumento das condições para concessão de tutelas provisórias.¹⁹

Com a derrocada do Estado Social a partir da década de 1970, passou-se ao delineamento da busca por novos paradigmas. Dierle Nunes, com base em Habermas, sustenta que o sistema processual precisou ser revisto, não mediante uma perspectiva puramente liberal ou social, mas a partir de uma postura procedimentalista que superasse a “unilateralidade das perspectivas” e garantisse a “complementaridade entre as autonomias pública e privada”, para que os direitos fundamentais não fossem (como de fato não devem ser) reduzidos “nem a direitos liberais de defesa nem mesmo a direitos de prestação positiva em face do Estado”²⁰.

A adequada estruturação de um modelo processual tem como pano de fundo o constitucionalismo moderno, que, no campo processual, resgata o seu papel técnico e institucional para fundamentar a democratização processual. A perspectiva procedimental a que se aludiu é a única com aptidão para, no novo paradigma, contrapor-se às degenerações sistêmicas anteriores e servir de estrutura para um modelo constitucional de processo que promova um formalismo vocacionado para a defesa e manutenção dos direitos fundamentais²¹ em perspectiva normativa, policêntrica e participativa.²²

Uma vez estabelecido o âmbito do direito constitucional, inicialmente presente nas relações entre os indivíduos e o Estado e, posteriormente, na esfera dos direitos fundamentais, extensíveis a todos os ramos do direito positivo, coube-lhe (ao direito constitucional) o papel unificador de todo o ordenamento jurídico, por meio das regras e princípios emanados da Constituição.²³ É nesse sentido que as normas constitucionais incidem no plano legislativo, impondo ao Poder Legislativo produzir leis de acordo com o programa constitucional, e também no plano interpretativo, exigindo que a atribuição de sentido ao texto comece e termine na própria Constituição.

¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 23.

²⁰ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª edição, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 138. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. In Revista Forense, vol. 337, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./mar. 1997, p. 121-122.

²² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Por um novo paradigma processual*. In Revista IOB de direito Civil e Processual Civil, ano X, nº 60, jul-ago/2009, p. 84.

²³ THEODORO JR., Humberto. *O sistema jurídico positivo e o impacto da era das reformas legislativas*. In Estudos de direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Coord. De Adhemar Ferreira Maciel *et al.*, Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 418-419.

O processo deve ser estruturado como técnica vocacionada ao acesso, pelo jurisdicionado, a uma ordem jurídica constitucionalizada, mediante uma perspectiva garantística²⁴ dos direitos fundamentais, limitando a atuação daqueles que do processo participem de forma equivocada e inaugurando uma hermenêutica processual condicionada à Constituição e à ideia de Estado de Democrático de Direito.

O modelo constitucional²⁵ exige que o processo seja *expansivo*, o que se traduz na ideia de posição de primariedade das normas constitucionais que devem condicionar a fisionomia dos procedimentos introduzidos pelo legislador ordinário; *variável*, no sentido de assumir as diversas feições adequadamente necessárias à obtenção de certas finalidades (o que leva em consideração as tutelas jurisdicionais em face do direito material pretendido); e *perfectível*, designando sua capacidade de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual pode incrementá-lo com novas garantias não expressas pela Constituição.

Para atender a essas exigências constitucionais, o *processo justo* deve consagrar o direito de acesso à justiça, o direito de defesa, o contraditório e a paridade de técnicas processuais entre as partes, a independência e a imparcialidade do juiz, a obrigatoriedade da fundamentação dos provimentos judiciais decisórios, e a garantia de uma duração razoável que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.²⁶

Rejeitam-se protagonismos e atuações solipsistas pelos sujeitos processuais, bem como também se rejeita que o magistrado teria a capacidade de prever as consequências de suas decisões com base em imaginadas virtudes diferenciadas, pois o processo “constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões”, passando a ser “percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades sobre-humanas”²⁷.

A abertura participativa serve ao propósito de preservar aquilo que a luta política pela via judicial tem de especial: a imparcialidade, a transparência, a ética e o devido processo. A presença de múltiplos sujeitos – legisladores, advogados, oficiais administrativos e judiciais, sociedade civil – nesses diálogos não se presta à negociação de um consenso, mas, sim,

²⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*. In Revista da Faculdade de direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

²⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In Jurisdição e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 75.

²⁶ THEODORO JR., Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do direito (RECHTD), jan-jun/2010, p. 69

²⁷ NUNES, Dierle. *Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*. In Revista da Faculdade de direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14-17.

à construção de um diálogo democratizado, estimulando o senso de responsabilidade dos envolvidos e advertindo o Judiciário do seu dever permanente de ser acessível a seus interlocutores.²⁸

O modelo constitucional de processo: fundamentação das decisões e contraditório

No paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser estruturado e desenvolvido como um “procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final”, o que se dá “de uma forma especial, em contraditório”, garantindo a prolação de uma sentença participada e fundamentada que não dependa da clarividência do juiz, ou de seus princípios ideológicos, ou da unanimidade de um fenômeno *Magnaudo*, mas gerada na liberdade de participação recíproca e pelo controle dos atos do processo²⁹, mediante a criação de mecanismos de fiscalidade e de espaços de interação que viabilizem consensos procedimentais³⁰.

A adequada fundamentação decisória é condição de possibilidade para a legitimidade das decisões judiciais no marco do Estado Democrático de Direito. A garantia jurisdicional dos direitos fundamentais não é compatível nem com a concepção liberal que reduz a democracia à representação política de interesses majoritários, nem com a concepção comunitarista segundo a qual o juiz seria um intermediário entre o direito e um suposto conjunto de valores homogêneos da nação³¹.

Em uma sociedade pluralista, Marcelo Cattoni defende que a única certeza pela qual se pode lutar é a de que os melhores argumentos das partes devem ser levados corretamente em consideração ao longo do processo e no momento da decisão judicial, em um contexto de igual participação entre as partes e de imparcialidade judicial. A construção da decisão judicial constitui um processo argumentativo que visa assegurar, no nível institucional, a adequada aplicação da norma, entrelaçando os argumentos e as perspectivas interpretativas do caso con-

²⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 96.

²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 68 e 188.

³⁰ THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 327.

³¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 49-51.

creto, estando o juiz vedado a deixar de considerar esses argumentos ou considerá-los em perspectiva meramente formal e estática.³²

A perspectiva procedimentalista do Estado de Direito e da democracia busca institucionalizar procedimentos vocacionados para a formação legítima de normas, exigindo tipos distintos de discursos segundo as diferentes classes de razão: o Poder Legislativo contribui para o desenvolvimento do direito mediante políticas e metas comuns; o Poder Judiciário decide casos concretos atendendo à coerência normativa do sistema jurídico, o que se realiza mediante a adequada fundamentação decisória.³³

No direito contemporâneo, o princípio (requisito) da obrigatória fundamentação racional das decisões judiciais constitui garantia política e democrática contra o arbítrio e a discricionariedade do juiz e cujo objetivo é eliminar o caráter voluntarista e subjetivo da atividade judicial. O Estado Democrático de Direito apenas se legitima mediante o devido processo, sendo-lhe defeso agir de forma a surpreender o cidadão. A fundamentação racional das decisões é um reflexo da necessária comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, pois não basta que o juiz, ao decidir, apenas declare o vencedor, repetindo as suas razões, sendo-lhe exigível, também, que justifique por que acolheu essas razões ao mesmo tempo em que justifique por que rejeitou as razões da parte sucumbente.³⁴

A fundamentação racional das decisões está entrelaçada ao princípio do contraditório³⁵ em sua perspectiva dinâmica como garantia de influência e não-surpresa, na medida em que o acesso à justiça confere ao jurisdicionado o direito público e subjetivo de ver os seus argumentos considerados, exigindo do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para apreciá-los, o que não se reduz ao dever de se apenas tomar conhecimento desses argumentos, mas de considerá-los séria e detidamente³⁶. Na fundamentação, o juiz deve adotar uma postura hermenêutica, levando a sério a identificação dos fatos subjacentes da demanda e conside-

³² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 220.

³³ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 215.

³⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35-41.

³⁵ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107-108.

³⁶ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do MS nº 24.268/MG, julgado pelo Plenário do STF em 05/02/2004.

rando a alteridade e o diálogo, a fim de “prestar contas” às partes demonstrando que a decisão foi democraticamente construída, o que é condição de sua legitimidade³⁷.

Fundamentar a decisão não é motivá-la ou explicá-la. Não basta decidir com base na lei tal ou na súmula qual, nem a fundamentação se resume à transcrição de enunciados assertóricos (doutrinários ou jurisprudenciais) que obnublem a singularidade dos casos. Streck³⁸ sustenta a existência de um dever de fundamentação da fundamentação, de *accountability* como condição de possibilidade para o controle³⁹ do poder jurisdicional concedido aos juízes. Uma decisão apenas será legítima, nos moldes democráticos, se tiver sido realizado um contraditório adequado, com apreciação dos argumentos das partes “à saciedade”, e se ela (decisão) puder ser controlada a partir dessa *accountability*, observada a exigência da integridade e da coerência (DNA do direito) e vedados protagonismos, discricionariedades e livre convencimento (ainda que motivado).

A garantia e o dever da fundamentação racional não quer dizer que o juiz tenha a opção de se convencer por qualquer motivo. Decidir não é escolher⁴⁰: o juiz deve *explicitar* com base em que *razões e argumentos jurídicos* ele decidiu em determinado sentido, e essas razões devem ser intersubjetivamente sustentáveis. Decidir (adequadamente à Constituição) exige imparcialidade, exercício prático, senso de dever, capacidade autorreflexiva em relação às próprias pré-compreensões, aprendizado institucional, debate público e a garantia de participação de todos os sujeitos processuais. A suspensão pelo juiz de suas pré-compreensões no ato de decidir e a imposição de um genuíno e prévio diálogo como condição de legitimidade decisória pode parecer uma forma de violência ao modo como o ser humano aprende e é condicionado a tomar decisões nos mais variados aspectos de sua vida.⁴¹ Desde crianças, somos acostumados e ensinados a seguir o arquétipo do “poder decisório solitário”, quando, por uma incapacidade de diálogo e de compreensão de diversas questões que nos é inerente na infância, nossos pais decidem sem nossa participação questões essenciais de nossas vidas.

³⁷ THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 349.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 318-319.

³⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes, Alexandre Freire (coord.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 417.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 107.

⁴¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes, Alexandre Freire (coord.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 213-214.

Até certa idade, aceitamos esses desígnios e determinações de bom grado, mas pouco a pouco introjetamos que esse exercício solitário do ato de decidir é natural, e não fruto de uma contingência. Mesmo depois de adultos, mantemos, no geral, esse arquétipo, por mais que pensemos ser abertos ao debate sobre questões pessoais ou sobre o mundo. Assim, nossas pré-compreensões acabam constituindo o único ou principal vetor para as decisões que tomamos sob a influência de nossa subjetividade.

Quando muito, simulamos ouvir e considerar argumentos de terceiros, às vezes procurando apenas por alguém que concorde com o que já decidimos internamente, a fim de que aliviemos um sentimento de culpa ou que nos sintamos confortáveis com as nossas próprias decisões. Sem uma reflexão crítica e emancipadora, continuamos decidindo conforme nossa consciência a partir de impressões passadas e nos condicionamos a deliberar solitariamente. A naturalização desse tipo comportamento pode gerar grandes dificuldades para uma pessoa ao se tornar magistrado(a), quando essa pessoa passa a ser confrontada com o dever de tomar suas decisões judiciais em efetiva participação com outras pessoas⁴² – ser juiz e decidir, realmente, não é uma tarefa fácil.

Os vieses cognitivos (*cognitive biases*) engendrados pelas pré-compreensões provocam deturpações de julgamento às quais o juiz está submetido por diversos fatores internos, tal como sua história de vida e compromissos com seu próprio universo cultural e social, e externos, a exemplo da exiguidade de tempo e as incertezas inerentes ao julgamento. Um conhecido viés cognitivo é o da confirmação (*confirmation bias*), no qual o julgador (e também os advogados ao elaborarem as suas petições) manifesta uma tendência, consciente ou não, à lei do menor esforço⁴³ e ao auxílio de atalhos, limitando as suas pesquisas teóricas e os resultados de suas buscas aos elementos normativos (doutrina, leis, precedentes, súmulas *etc.*) que apenas confirmam as suas solitárias pré-compreensões, ignorando todo o material em sentido contrário.

Existem outras relevantes formas de manifestação de vieses cognitivos, inclusive no contexto de aplicação de precedentes. Goutam Jois⁴⁴ analisa o *common law* a partir da consideração dos vieses cognitivos e constrói uma crítica aos argumentos mais populares que buscam justificar a força normativa do precedente. Segundo o autor, os juristas de *common law*

⁴² FARIA, Guilherme Henrique Faria. *Contraditório substancial e fundamentação das decisões no novo CPC*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 296.

⁴³ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 228.

⁴⁴ JOIS, Goutam U. *Stare decisis is cognitive error*. New York, NY 10036, 2009, *passim*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1360479>>.

são ensinados a seguir os precedentes porque é mais provável que as cortes anteriores tenham atingido a resposta correta (tradicionalismo), ou porque a manutenção do *status quo* fomenta a estabilidade, previsibilidade e eficiência, ou, ainda, porque a prática promove a legitimidade judicial. Contudo, se essa prática não for interpretada com um olhar crítico, ela pode refletir apenas uma manifestação irracional e inconsciente (*a mental shortcut*) de que as instituições políticas e jurídicas pré-estabelecidas são melhores e preferíveis, um caminho para o covarde⁴⁵ em meio a uma oficina de falsas facilidades⁴⁶.

A exigência constitucional da fundamentação decisória deve funcionar como um “aparato ortopédico”⁴⁷ para, contrafaticamente, quebrar os condicionamentos que, em geral, são naturais para os juízes e engendram propensões cognitivas para a tomada de decisões sem isenção de ânimo, trazendo graves riscos para o ato decisório e aumentando a interposição de recursos contra decisões solipsisticamente tomadas, isto é, em inobservância ao contraditório como garantia de influência e não-surpresa.

Streck propõe um conjunto mínimo de cinco princípios fundamentais no interior de uma teoria da decisão para uma abordagem hermeneuticamente adequada do projeto constitucional brasileiro: (1) *autonomia do direito*: considera a correção funcional, o respeito à rigidez do texto constitucional (limites semânticos que o intérprete não pode ignorar sob o pretexto de uma suposta falibilidade do Legislativo) e a preservação da força normativa da Constituição e de sua máxima efetividade, no sentido de que as decisões jurídicas devem estar ajustadas aos compromissos fundamentais de uma comunidade, e não a circunstâncias ocasionais; (2) o *controle hermenêutico da interpretação constitucional*: apresenta-se como um remédio contra o poder discricionário, a fim de que sejam assegurados mecanismos de controle das decisões judiciais, pois a autonomia do direito não pode ceder a pragmatismos político-jurídicos; (3) o *efetivo respeito à integridade e à coerência do direito*: de inspiração profundamente Dworkiana, esse princípio exige que as normas de uma comunidade sejam criadas e aplicadas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e direito; (4) o *dever fundamental de justificação das decisões*: a sociedade não pode ser indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal decide em determinado sentido (todo o poder emana do povo), sendo a justificação da fundamentação a única maneira de controle democrático do poder jurisdicional; e (5) o *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada*: como garantia de que

⁴⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. IX.

⁴⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 147.

⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. *As boas relações entre juízes e advogados*. Trad. e notas de Ricardo Pérez Banega, São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 55.

cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que seja possível verificar se essa resposta é constitucionalmente adequada (suspensão das pré-compreensões e observância à coerência e à integridade), o que não quer dizer que existam respostas definitivas (isso seria anti-hermenêutico).⁴⁸

Marinoni⁴⁹ considera tudo isso uma “surpreendente ingenuidade”. De acordo com ele, “para que a parte possa ter garantia contra a parcialidade, pouco importa a fundamentação”, que apenas “pode constituir garantia de imparcialidade quando atrelada ao dever de o juiz manter coerência com o que já decidiu”: o “respeito ao passado” é o que garante a racionalidade da função jurisdicional. O processualista, porém, ignora que, sem a fundamentação racional, é impossível exercer qualquer fiscalidade sobre as decisões judiciais. Como controlar se o magistrado foi coerente em sua decisão, senão a partir da fundamentação (*accountability*)? Como verificar se os fatos operativos de um precedente foram devidamente compreendidos e comparados aos fatos concretos do caso presente, senão também pela fundamentação? Como identificar se as distinções realizadas entre o precedente e o caso presente são adequadas, senão – mais uma vez – pela fundamentação? Como investigar se as distinções e os padrões de semelhança estabelecidos pelos magistrados são consistentes ou artificiais, senão pelas razões jurídicas que eles argumentam em suas decisões?

A exigência da fundamentação racional impõe aos magistrados, em conjunto com as partes, o dever de trazer essas razões ao processo como espaço de discussão e participação democrática: a parcialidade do juiz pode se esconder justamente na ausência de demonstração das distinções ou padrões de semelhança entre o caso concreto e o precedente, embora ele tenha, formalmente, satisfeito o requisito da coerência. Dizer que se está a seguir um precedente – o “passado” – simplesmente por dizer é muito fácil: “decido conforme a súmula X”, ou “decido conforme o paradigma estabelecido pelo STJ no caso tal”. Isso indica, quando muito, um respeito superficial à coerência, cuja adequabilidade e correção estão atreladas à virtude da integridade, que pressupõe a fundamentação das decisões judiciais em argumentos e razões jurídicas porque o direito é uma prática argumentativa.

A concepção caracteristicamente convencionalista de Marinoni é mais problemática ainda porque a sua dissociação do requisito da fundamentação das decisões como garantia da imparcialidade judicial está inserida em uma perspectiva que aceita a plurissignificação do texto da lei como possibilidade para que um mesmo texto expresse diferentes normas, uma

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 330-344.

⁴⁹ MARINONI, Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 172-174.

para cada significado que o intérprete subjetivamente atribui a esse texto. Não por outra razão, Marinoni afirma que “justificativas várias para atribuições de diversos significados a uma mesma norma jurídica [...] exclamam um poder incapaz de [...] fazer valer o ordenamento jurídico de modo uniforme e coerente”.

O ceticismo de Marinoni o impediu de perceber que, do mesmo modo que o texto da lei pode ser controverso, o texto do precedente também pode conter – normalmente conterá – palavras ambíguas. Não se resolve o problema da indeterminação da lei a partir da adoção de um sistema do precedente que parta do pressuposto de que a sua mera existência seria capaz de oferecer a solução adequada: tanto quanto a lei, o precedente pode ser indeterminado. A coerência a que alude Marinoni – embora seja uma desejável virtude – não consegue resolver esse problema. Além disso, não oferece uma válvula de escape para quando for necessário romper com o passado, pois, eventualmente, será uma exigência de justiça superar um paradigma decisório. A decisão que assim o fizer não será coerente com o passado – pelo contrário –, mas nem por isso deixará de ser legítima, desde que satisfeitos determinados requisitos que estarão sujeitos a uma fundamentação especial.

A legitimação do Judiciário decorre de como os juízes exercem o poder que a Constituição (o povo, em última análise) lhe confere: existem limites ao poder jurisdicional sujeitos à fiscalidade da sociedade em geral. Esse controle (hermenêutico) ocorre, materialmente, pela análise de como os juízes fundamentam as suas decisões à luz do parâmetro externo⁵⁰ (o próprio direito), o que não se verifica a partir de métodos tradicionais, fórmulas ou procedimentos mecânicos⁵¹, mas discursiva e argumentativamente. Trata-se de uma garantia constitucional contra arbitrariedades cuja função é explicitar para ambas as partes as razões da vitória de uma delas e da sucumbência da outra ao mesmo tempo em que fornece as razões justificatórias que permitirão o seu eventual reconhecimento como um precedente⁵².

O neoliberalismo e os seus reflexos no direito processual civil

No final da década de oitenta e início dos anos noventa, após a promulgação da Constituição de 1988, estruturou-se no Brasil uma tendência pragmática acerca dos estudos de direi-

⁵⁰ KOCHEM, Ronaldo. *Decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 481.

⁵¹ RAMOS NETO, Newton Pereira e. *Fundamentação das decisões judiciais no novo CPC*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 457.

⁵² ANDREWS, Neil. *Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa*. In Revista de Processo, vol. 192, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2011, p. 103.

to processual a partir de uma teorização equivocada do processo que diverge das linhas teóricas acima expostas. Essa tendência contribuiu para uma “crise de baixa constitucionalidade”⁵³ na aplicação do direito, o que foi intensificado pela adoção de paradigmas jurídico-filosóficos que não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O movimento pelo acesso à Justiça provocou inúmeras alterações no Código de Processo Civil (algumas delas positivas), mediante reformas que buscavam uma aplicação social do direito, pelo menos sob uma perspectiva teórica. No Brasil, essa teorização foi liderada por Dinamarco⁵⁴, que vinha sustentando um discurso de centralidade da jurisdição para a teoria do processo e defendendo uma instrumentalidade positiva constituída por escopos metajurídicos a serem realizados pelo processo e pela concepção de que o juiz seria portador de uma ordem concreta de valores.

Para ilustrar como essa perspectiva teórica ainda está presente no imaginário de alguns magistrados, confira-se trecho da sentença proferida nos autos da reclamação trabalhista nº 01718.2007.027.13.00-6, da lavra da juíza da Vara do Trabalho de Santa Rita, vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região:

“A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores. Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reducto íntimo e inviolável que reside dentro dele.”⁵⁵

⁵³ A expressão é de Lenio Streck. Reflete o paradoxo havido entre uma Constituição rica em direitos fundamentais e uma prática jurídico-judiciária que reiteradamente sonega tais direitos; significa que a Constituição e tudo o que representa o constitucionalismo ainda não atingiram o devido lugar de destaque (cimeiro) no campo jurídico brasileiro; sintetiza a crítica segundo a qual, em plena democracia, os tribunais, quando lhes interessa, assumem atitudes objetivistas, como se a lei e o direito fossem a mesma coisa, mas, em outros momentos e por razões também pragmatistas, assumem posturas subjetivas, como se o texto legislativo nada valesse; e traduz a ideia de que a Constituição teria se transformado em um território inóspito pela falta de compreensão adequada acerca de seu papel no paradigma do Estado Democrático de Direito. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39-42, 56.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁵⁵ PARAÍBA, TRT 13ª Região, Processo nº 01718.2007.027.13.00-6, DJ 21/09/2007.

Não é apenas na primeira instância que esse tipo de desvio teórico se faz presente: no julgamento do AgRg nos EREsp nº 319.997/SC, o Ministro Humberto Gomes de Barros afirmou o seguinte:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. 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 pensam assim. 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.”⁵⁶

Ambas essas decisões simbolizam o apego que parcela dos juristas pátrios tem a determinados paradigmas jurídico-filosóficos que não se sustentam à luz da Constituição da República, a exemplo do positivismo jurídico e do realismo, cujas proposições partem, grosso modo, das premissas segundo as quais o julgador está autorizado a decidir discricionariamente e que o direito é aquilo que o magistrado diz que é.

A introdução de institutos jurídicos inspirados em um paradigma processual em desalinhamento com a recém-promulgada Constituição foi intensificada por uma tendência que teve início na década de 1990, época em que aplicado um conjunto de medidas propostas por instituições financeiras, como o FMI e o Banco Mundial, na tentativa de implementação de um ajustamento macroeconômico de países em desenvolvimento, especialmente na América Latina, após a década de 80, lembrada como a “década perdida”.

Dentre algumas medidas instituídas para a estabilização monetária e pleno restabelecimento das leis de mercado, podem-se citar as seguintes: disciplina fiscal, mudanças das prioridades dos gastos públicos, reforma tributária, taxas de juros positivas, taxas de câmbio de acordo com as leis de mercado, liberalização do comércio, fim das restrições aos investimentos estrangeiros, privatização das empresas estatais e desregulamentação das atividades econômicas. A título ilustrativo de como essas medidas repercutiram no Brasil, engendrou-se a

⁵⁶ STJ, AgRg nos EREsp 319.997/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção, julgado em 14/08/2002, DJ 07/04/2003.

discussão, com a conseqüente reforma constitucional, acerca da abusividade na cobrança dos juros bancários e a ausência de fiscalização efetiva por parte das agências reguladoras que deveriam intervir de forma mais eficiente sobre as empresas concessionárias dos serviços de telecomunicações.

Enquanto no plano teórico-processual difundia-se um reforço do papel do Judiciário e a redução do papel das partes, cuja argumentação seria importante apenas em um segundo momento, após o juiz intuir e expressar a interpretação correta de uma normatividade produzida de acordo com uma leitura solitária de (supostos) valores homogêneos da sociedade, no plano prático, por sua vez, foi sendo esvaziado o papel do processo como instituição assecuratória dos direitos fundamentais em razão da implementação de metas macroeconômicas neoliberais que, no processo, traduziram-se na celeridade⁵⁷, na eficiência quantitativa, na sumarização da cognição e na padronização decisória.⁵⁸

Paulatinamente, o Judiciário foi se tornando um refúgio dos cidadãos, mas não no sentido de que trata a Constituição, isto é, como uma instituição garantidora dos direitos fundamentais quando lesados ou ameaçados, pois as pressões de mercado e o enfraquecimento de um Estado já deficitário geraram um quadro predominantemente de violação a esses direitos: o Congresso Nacional não tem agenda e vive em meio a escândalos políticos, e o Poder Executivo não consegue promover as mais básicas políticas públicas de forma eficiente ou tampouco gerir de forma adequada o orçamento público, pois a cada novo governo é realizada uma série de emendas constitucionais e reformas para permitir uma governabilidade partidária e ocasional.

Em meio a isso, o Judiciário começou e continua a ser visto como uma instituição compensatória dos déficits dos demais Poderes, funcionando ora como um engenheiro social para resolver problemas que, na origem, deveriam ser resolvidos por outras instâncias públicas, ora como instituição preocupada apenas com metas quantitativas para solucionar a multiplicidade de demandas cuja origem remonta aos aludidos déficits.

Embora a Constituição de 1988 acolha os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, pretendendo garantir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, promovendo o bem de todos e reduzindo as desigualdades sociais e regionais mediante a resolução pacífica dos conflitos e o acesso à Justiça, a constitucionalização mo-

⁵⁷ Não se ignora que a celeridade processual é e sempre será um fator relevante, mas jamais a ponto de a fixação de metas quantitativas impuser aos magistrados uma sobrecarga de trabalho que os desmotive de tomarem decisões mais complexas e fundamentadas, retirando-lhes o tempo para a necessária reflexão crítica inerente à prática jurídica.

⁵⁸ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª edição, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 150.

terna, no Brasil, é muito recente: se nos países europeus – nos quais o constituinte se inspirou para promulgar o texto de 1988 – a constitucionalização efetiva se iniciou no Segundo Pós-Guerra, com o declínio dos Estados Sociais e a necessidade de um penitenciamento em relação aos desmandos de um Executivo hipertrofiado e totalitário⁵⁹, no Brasil a tematização desse constitucionalismo somente foi colocada em pauta após 1988.

Em face da abertura de direitos promovida pela Constituição, na qual está previsto um extenso rol de direitos individuais, sociais, coletivos, políticos e individuais homogêneos a exigirem uma abordagem processualmente adequada para que lhes seja conferida plena eficácia, a falta de uma cultura constitucionalista e democrática amadurecida deu lugar a um perigoso discurso teórico subjacente às reformas processuais das últimas três décadas.

O viés prático neoliberal que orienta as reformas processuais mais recentes impede o desenvolvimento de uma cultura constitucionalista no Brasil. A crise que perpassa todos os três Poderes aliada a essas reformas simboliza o “coroamento” de um peculiar movimento de reforço do papel do Judiciário, qual seja, um reforço defendido pelas velhas concepções socialistas de processo para, contraditoriamente, atender a necessidades mercadológicas e conferir um trato privatístico das esferas públicas.⁶⁰ Esse peculiar modelo processual busca assegurar uniformidade decisória, permitindo alta produtividade decisória em perspectiva de eficiência quantitativa, e sumarização da cognição.

A Reforma do Judiciário e o Código de Processo Civil de 2015

Para elencar algumas das reformas processuais empreendidas com o objetivo de equacionar técnicas próprias para se atingir os objetivos mencionados no tópico anterior, sempre sob uma roupagem constitucional de igualdade formal e celeridade processual, podem-se citar a criação das súmulas (inicialmente apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio das Leis nº 8.756/98 e 11.276/06), da súmula vinculante (Emenda Constitucional nº 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas

⁵⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro*: Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In *Revista de Processo*, Ano 35, nº 189, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/2010, p. 15.

⁶⁰ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª edição, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 181.

(Lei nº 11.277/06), e a introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais⁶¹ repetitivos (Emenda Constitucional nº 45/04 e Leis nº 11.418/06 e 11.672/08).

A finalidade dessas reformas era, no esteio das diretrizes neoliberais, conferir maior celeridade ao processo (pelo menos com relação ao tempo de conclusão para sentença ou acórdão), mas, em contrapartida, deu origem a uma prática judiciária que ocultava (e continua a ocultar) divergências entre os magistrados e também a própria fundamentação decisória, ambas tão importantes para a interpretação jurídica.

Para ilustrar, tomemos a súmula como o primeiro exemplo: ao pretender transmitir de forma extremamente concisa o entendimento predominante do tribunal, os debates em torno dos enunciados de súmula começaram a se tornar extremamente lineares, pois os magistrados, no mais das vezes, passaram a aplicá-los de forma desvinculada dos julgados que lhes deram origem e sem a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificaram a sua edição.

Por sua vez, a técnica de julgamento de recursos repetitivos também apresentava problemas de aplicação, a exemplo de quando o Superior Tribunal de Justiça afetou o recurso especial nº 1.340.553/RS como representativo da controvérsia acerca da prescrição intercorrente em execuções fiscais. No caso concreto, o executado era revel e não tinha advogado constituído nos autos – isto é, não tinha defesa técnica –, e o Ministro Relator, considerando a alta repercussão da matéria, determinou o oficiamento apenas de órgãos e entidades em favor de uma interpretação mais restritiva e formal da prescrição intercorrente. Desconsiderou-se, porém, que, em se tratando de recurso afetado como representativo da controvérsia, o mínimo seria que todos os sujeitos processuais tivessem se manifestado nos autos, com representação técnica (desdobramento do contraditório e da ampla defesa), além de se oficial entidades e órgãos representando ambos os interesses envolvidos, e não apenas um deles.

Em outra oportunidade, no recurso especial nº 1.119.300/RS, afetado como representativo da controvérsia acerca do momento de devolução pelo grupo de consórcio das parcelas já pagas por consorciado desistente, a Ministra Nancy Andrichi apresentou extenso e elaborado voto-vista abordando diversos argumentos não considerados no voto do Ministro Relator, do qual divergiu em muitos aspectos. No entanto, nenhum dos demais Ministros integrantes do Órgão Julgador se atentou ou quis se atentar para a divergência, limitando-se a votar de acordo com o Relator, cujo voto não apresentava de forma panorâmica uma questão jurídica que afetava diversos consumidores.

⁶¹ A locução “recursos excepcionais”, nesta dissertação, engloba os recursos extraordinários e os especiais.

Outro problema relacionado à formação dos acórdãos-paradigmas mediante a técnica de julgamento de recursos repetitivos consiste na velocidade com a qual muitos recursos são julgados, atropelando a correta construção de padrões decisórios. Há casos nos quais “às vezes, em poucos minutos e com pouquíssimo debate, questões de extrema relevância para a sociedade são pacificadas”,⁶² quando se deveria promover o oposto dessa prática, ou seja, com o incremento da participação processual, dada a abrangência da repercussão da decisão que resultará daquele julgamento em todo o território nacional.

O Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 911.802/RS, lamentando a afetação de um recurso oriundo de uma ação individual proposta por uma única consumidora, triplamente hipossuficiente, quando havia recursos interpostos no bojo de ações coletivas com potencialidade de oferecer um quadro muito mais panorâmico sobre o tema posto em julgamento, e a ausência de participação dos “litigantes-sombra”, assim se manifestou:

Aqui, contudo, afloram as peculiaridades que desaconselhariam tal ‘afetação’, na forma e no momento em que foi feita, quase que automaticamente, sem qualquer discussão prévia e amadurecimento, no âmbito interno de ambas as Turmas, das múltiplas questões novas e controversas que acompanham esta demanda. Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste voto – não se submeteram ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mais de 30 milhões de assinantes. Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar Seção, suas duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez”.⁶³

⁶² SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In direito Jurisprudencial. Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2012, p. 184.

⁶³ STJ, 1ª Seção, REsp 911.802/RS, rel. Min. José Delgado, j. 24.1.2007, DJe 01.09.2008, trechos do inteiro teor do voto do Min. Herman Benjamin.

Os problemas de aplicação dos institutos dimensionados nas reformas aqui citadas também se identifica(va)m nos tribunais ordinários. Uma das modificações promovidas na lei processual permitia que o Relator da apelação a decidisse monocraticamente, desde que com base em jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Assim, nos autos da ação ordinária nº 0077921-04.2009.4.01.3800, em sede de apelação interposta para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a juíza convocada, Raquel Soares Chiarelli, após um brevíssimo relato pouco importante dos atos processuais e resumindo o caso concreto em uma linha, negou provimento ao recurso aviado pela parte autora ao único e exclusivo fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido em determinado sentido, limitando-se a transcrever a ementa desse julgado do STJ e afirmar, sem qualquer consideração, que ele servia ao caso concreto como a luva à mão.

Nessa situação, a juíza convocada ignorou que deveria ter procedido a um juízo de comparação entre o caso concreto e o paradigma para, identificando e justificando expressamente a existência de padrões de semelhança entre ambos, aplicar o entendimento adotado pelo tribunal superior, ou rejeitá-lo em razão de distinções existentes entre os casos.

A propósito, no relatório de recente estudo intitulado “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”⁶⁴, conduzido por um grupo de pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) a partir de dados empíricos de 10 tribunais (incluindo o STF e o STJ), concluiu-se pela tendência que o STJ tem, em geral, de fundamentar inadequadamente as decisões que determinam o sobrestamento de processos para aguardarem o julgamento do(s) recurso(s) representativo(s) da controvérsia e dos próprios acórdãos que julgam esse(s) recurso(s), pois muitas vezes não são abordadas todas as questões relevantes para resolver o problema jurídico que justifique a utilização dessa técnica de julgamento. A pesquisa concluiu, também, pela “falta de responsividade” e pela “ausência de plena motivação” (*rectius*: fundamentação) das decisões, seja no momento de formação das teses pelos tribunais superiores como no de sua aplicação pelos tribunais de segunda instância.

Mesmo após a promulgação da Constituição, os tribunais continuam a entender, por exemplo, que o juiz pode atribuir a dois laudos periciais conflitantes “o peso que sua consci-

⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. (coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília, CNJ. 2014, p. 186-187.

ência indicar, uma vez que é soberano na análise das provas”⁶⁵, ou que não seria nula decisão “se o julgador, fazendo alusão a fatos de seu conhecimento pessoal, advindos de sua experiência de vida, sopesa-os com aqueles extraídos dos autos, formando, assim, a sua livre convicção”, pois parte “do processo decisório empreendido pelo julgador envolve a interpretação da consciência social, dando-lhe efeito jurídico”⁶⁶, ou, ainda, que o julgador estaria “vinculado à lei e à sua consciência”⁶⁷, sendo vedado ao tribunal “interferir na consciência do julgador, impedindo que se faça prova que ele entendeu ser necessária à formação de sua convicção”⁶⁸. Perfilhando esse mesmo tipo de entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho já chegou a se manifestar no sentido de que a “sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes”, sendo, antes, um “ato de vontade do juiz como órgão do Estado”⁶⁹.

Como se não bastasse, ainda no século XXI há magistrados que decidem conforme uma presumida intenção do legislador, a exemplo do decidido pelo TJMG nos autos dos embargos de declaração interpostos no bojo da apelação de nº 0280423-97.2013.8.13.0024⁷⁰. No caso, uma ação de cobrança havia sido ajuizada em face de três réus, um dos quais o autor não conseguiu localizar. Após mais de dois anos de suspensão do processo, o autor houve por bem desistir da ação com relação a esse terceiro réu, mas falhou ao não promover a intimação de um dos réus já citados, pois este, que não tinha procurador constituído na época, havia se mudado de endereço. Após alguns anos de suspensão do processo, não se intentou nenhuma providência para localizar esse réu, tendo o escrivão, inclusive, certificado esse fato. A ação foi julgada procedente e apenas quando o patrimônio desse réu não intimado da homologação da desistência foi penhorado é que ele tomou ciência da continuidade do processo.

Em sede de ação declaratória de nulidade processual ajuizada por esse réu, o juiz de origem entendeu que a ausência de intimação acerca da homologação da desistência da ação em face do terceiro réu não constituía causa de nulidade, pois, afinal, o autor da ação declaratória continuava sendo devedor na ação de cobrança, pouco importando que não lhe tivesse sido facultada a possibilidade de apresentar sua defesa. Quando o TJMG julgou a apelação,

⁶⁵ STJ, HC 83923/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 28/04/2008. Esse entendimento foi mantido no RHC 45.193/MG, de relatoria do Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 18/03/2015.

⁶⁶ STJ, REsp 1105768/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 15/06/2010.

⁶⁷ TJMG, Embargos de Declaração nº 2.0000.00.296067-0/001, Relator Des. Lauro Bracarense, julgamento em 27/04/2000, publicação da súmula em 17/05/2000.

⁶⁸ TJMG, Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0647.08.092422-6/001, Relator Des. Irmair Ferreira Campos, 17ª Câmara Cível, julgamento em 17/06/2010, publicação da súmula em 06/07/2010.

⁶⁹ TST, EDRR 6.443/89, Ac. 2.418/90, 1ª Turma, DJU 15/02/1991. Embora seja um pouco mais antigo, ainda assim é posterior à CONSTITUIÇÃO.

⁷⁰ TJMG, Embargos de Declaração 1.0024.13.028042-3/002, Relator Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, julgamento em 04/04/2017, publicação da súmula em 07/04/2017.

decidiu com fundamento no art. 238, parágrafo único, do CPC/73, que estabelecia o dever processual de as partes manterem os seus endereços atualizados. Contudo, nenhuma parte havia argumentado com base na presunção operada por esse dispositivo porque ele ainda não existia quando dos fatos considerados na ação de cobrança. Interpostos os embargos de declaração contra esse acórdão, o tribunal lhes negou provimento ao argumento de que, embora o referido dispositivo realmente ainda não existisse, ele apenas expressou uma vontade do legislador preexistente à edição da lei que o incluiu no CPC então vigente.

Essa decisão partiu de uma premissa há muito superada, mas que ainda assombra a democracia brasileira: a de que a legislação deve ser interpretada a partir de uma suposta vontade do legislador. No caso em questão, a situação foi ainda mais grave porque a lei que supostamente deveria ser interpretada segundo a vontade do legislador sequer existia, de modo que se ignorou a exigência constitucional do devido processo legislativo e o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a fazer nada senão em virtude de lei. Essa questionável premissa acabou por encobrir o fato de que a (imaginária) vontade do legislador era uma desculpa para que a turma julgadora decidisse o caso como bem entendesse – isto é, conforme a sua própria consciência, fora dos limites de fiscalização democrática e constitucional das decisões do Judiciário. Afinal, para que existem as leis, se para o Judiciário basta a vontade do legislador?

Apesar de os déficits de aplicação de muitos institutos e técnicas de direito jurisprudencial não terem sido devidamente solucionados pela comunidade jurídica, o Código de Processo Civil de 2015 manteve as reformas promovidas sob a vigência de seu antecessor, foi além e estruturou um microssistema de direito jurisprudencial em seu art. 927, ao estabelecer que juízes e tribunais devem observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não se ignora que o CPC/15, cujo processo legislativo foi bastante democrático, com a participação de diversos setores da sociedade e a realização de muitos debates para aprimorar o seu texto, buscou solucionar alguns dos problemas acima evidenciados, a começar pelos seus primeiros artigos que enunciam as normas fundamentais do processo e pelo art. 489, § 1º, além de diversos dispositivos que procuram melhor dimensionar a aplicação das súmulas e da técnica de julgamento de recursos repetitivos ao prever determinados ônus argumentativos (*e.g.*, estabelece que toda aplicação de súmula deve ser contextualizada de acordo com os ca-

sos que lhe deram origem) e procedimentos vocacionados ao debate a serem adotados quando da aplicação de determinadas técnicas de direito jurisprudencial.

Percebe-se um esforço parcial do Legislativo em tentar alinhar o CPC/15 ao modelo democrático e constitucional de processo, ao se ter reforçado o seu aspecto principiológico e prever, em seu capítulo introdutório, o princípio da boa-fé objetiva, da cooperação entre os sujeitos processuais, do contraditório como paridade de armas, bilateralidade de audiência e garantia de influência e não-surpresa, e da fundamentação. Embora essas previsões sejam positivas, elas são um reflexo da baixa constitucionalidade no Brasil, pois todas essas normas processuais fundamentais já estão previstas na Constituição há quase trinta anos, não havendo a necessidade de a lei ordinária confirmar o que nela já está previsto.

De toda forma, ao se perceber o quadro adulterado engendrado pelos eventos desencadeados pelo neoliberalismo que visa a um modelo processual de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial e prematura dos entendimentos dos tribunais, o jurista pode e deve interpretar e aplicar o CPC/15 à luz de sua importante função contrafática, a fim de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de direito jurisprudencial⁷¹.

Por outro lado, o Código, por exemplo, estruturou um sistema recursal bastante rígido no que diz respeito à recorribilidade das decisões que supostamente estejam de acordo com o entendimento adotado pelos tribunais superiores quando do julgamento de recursos repetitivos. Caso inadmitido na origem o recurso especial ou extraordinário contra acórdãos assim fundamentados, o recurso cabível é o agravo interno, de competência do órgão especial do tribunal prolator da decisão ou o que o seu Regimento Interno indicar.

Se for negado provimento a esse agravo interno, não há previsão de cabimento de outro recurso, de modo que o recurso especial ou extraordinário inadmitido não tem chances de subir ao respectivo tribunal superior, não sendo admitida a interposição do agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário para tanto. Isso pode conduzir a um engessamento do direito ao se impedir que novas razões com potencial para promover uma modificação jurisprudencial sejam apreciadas pelos tribunais superiores, especialmente porque os tribunais de origem têm sido bastante restritivos em seus juízos de admissibilidade.

Por mais que estejam previstas hipóteses em que se deva admitir o processamento do recurso especial ou extraordinário nos quais se argumente com base em distinções ou em razões para a superação do acórdão-paradigma, a correta colocação do problema depende, natu-

⁷¹ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 305-306.

ralmente, de um preparo técnico do advogado para tanto, assim como de uma atenção por parte do Judiciário para a existência dessas razões, que não podem ser ignoradas.

Mas isso é apenas uma pequena parte do problema maior: o elemento humano e a oficina de falsas facilidades⁷² com a qual o direito jurisprudencial tem sido confundido. Não se acredita que, com a recente entrada em vigor do novo Código, a cultura brasileira mudará em um piscar de olhos. Os enunciados 1⁷³, 2⁷⁴, 3⁷⁵, 5⁷⁶, 6⁷⁷ e 47⁷⁸ da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e os enunciados 12⁷⁹ e 13⁸⁰ da *I Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil*, promovida pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO), além de recentes decisões que insistem na tese segundo a qual o julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos deduzidos pelas partes⁸¹, revelam a resistên-

⁷² A expressão é uma alusão a Maurício Ramires, autor da obra RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

⁷³ “Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.”

⁷⁴ “Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.”

⁷⁵ “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.”

⁷⁶ “Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.”

⁷⁷ “Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.”

⁷⁸ “O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.”

⁷⁹ “DISCIPLINA DA FUNDAMENTAÇÃO. CPC, ART. 489, § 1º E CF, ART. 93, IX. DEVER CONSTITUCIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE: CLARA, PRECISA E ESPECÍFICA. A premissa maior do Código de Processo Civil repousa em observar a Constituição, de modo que uma lei infraconstitucional não tem o poder de alterar o significado das normas constitucionais, por uma questão de hierarquia. O dever de fundamentar é constitucional (art. 93, IX) e o STF já decidiu que não há necessidade de rebater, de forma pormenorizada, todas as alegações e provas. A fundamentação, que pode ser concisa, será suficiente quando for clara - acerca da análise do direito, específica - quanto ao caso proposto, e precisa - quando indicar com exatidão a adequação dos fatos ao direito”.

⁸⁰ “AINDA QUE SE REPUTE POR CONSTITUCIONAL, REVELA-SE MANIFESTAMENTE INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO O DISPOSITIVO DO NOVO CPC QUE EXIGE FUNDAMENTAÇÃO SENTENCIAL EXAURIENTE, COM O ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS DEUZIDOS NO PROCESSO PELAS PARTES. O inciso IV, do § 1º, do artigo 489, do Novo CPC, ao exigir fundamentação sentencial exauriente, é inaplicável ao processo trabalhista, seja pela inexistência de omissão normativa, diante do caput do artigo 832, da CLT, seja pela flagrante incompatibilidade com os princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do processo laboral, sendo-lhe bastante, portanto, a clássica fundamentação sentencial suficiente”.

⁸¹ “Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, pois decidida a matéria controvertida de forma fundamentada, ainda que contrariamente aos interesses da parte. Ressalte-se que o julgador não está obrigado a analisar todos os argumentos invocados pela parte, quando tenha encontrado fundamentação suficiente para dirimir integralmente o litígio. (...). (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 860.938/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016); “O julgador não está obrigado a examinar e a se manifestar expressamente sobre todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivos suficientes para proferir sua decisão. III - A disposição legal contida no art. 489 do CPC de 2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, “sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.” (...) (TJMG - Embargos de Declaração-Cv 1.0024.12.149193-0/003, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, julgamento em 07/02/0017, publicação da súmula em 10/02/2017); “O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pela parte, basta que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua convicção – Precedentes deste Egrégio Tribunal, do STJ e STF. (...) (TJSP, Relator(a): Oscild de Lima Jú-

cia que parcela dos profissionais do direito tem contra os pressupostos normativos mínimos para o implemento da cultura argumentativa que o CPC/15 propõe.

Esse quadro é agravado pela manutenção da técnica de julgamento de recursos repetitivos e pela criação do instituto de resolução de demandas repetitivas e da assunção de competência, isto é, institutos e técnicas cuja finalidade é a formação de um paradigma decisório para orientar a solução de diversas questões relevantes para a sociedade e que dependem da incorporação, na prática judiciária, das normas processuais fundamentais a fim de que adquiram a necessária legitimação democrática.

Outro grande problema reside em ignorar que as reformas processuais mais recentes têm intensificado a atribuição de poderes ao Judiciário sem que, previamente, promova-se o devido ajuste hermenêutico da prática judiciária ao modelo constitucional de processo e sem a necessária reflexão à luz do Estado Democrático de Direito. Dentre esses poderes, incluem-se os de decidir, de uma assentada, milhares de processos, por vezes se pretendendo vincular até mesmo a Administração Pública, além de se impedir a subida de recursos para os tribunais superiores com base em súmula ou jurisprudência pacificada, bem como se julgar liminarmente os pedidos das partes.

Enfim, um somatório de poderes que, se exercidos em inobservância ao modelo constitucional de processo e sem um redimensionamento do papel do jurista e do próprio Judiciário, conduz a um preocupante quadro no qual situações jurídicas substancialmente diversas são tratadas como se iguais fossem, ou se encerrando a possibilidade de um debate processual mais democrático quando do julgamento de casos nos quais envolvidos interesses transindividuais, ou, ainda, deixando-se de fundamentar adequadamente as decisões com base nas incessantes metas impostas em uma perspectiva na qual se avalia apenas a eficiência quantitativa.

Com razão, Thomas Bustamante afirma que, desde a promulgação da Constituição de 1988, testemunha-se no país um vasto número de leis e emendas constitucionais destinados especificamente a “promover a Reforma do Judiciário”, cuja tônica foi e continua sendo a ampliação da força vinculante da jurisprudência e a criação de um modelo processual baseado apenas na celeridade e na eficiência quantitativa. Com isso, acentuou-se o poder normativo dos tribunais superiores, mas não se trouxe, em contrapartida, o mais importante: uma cultura argumentativa vocacionada para lidar com esse poder e capaz de “consolidar os aspectos pro-

cessuais do Estado Democrático de Direito e da construção participativa da legitimidade da jurisprudência e do direito judicial”⁸².

Contudo, o esvaziamento do papel da doutrina, que no geral se limita a reproduzir o ementário dos acórdãos e parafrasear o conteúdo literal das leis de forma acrítica e a prevalência de um modelo processual neoliberal precisam, urgentemente, de adequada tematização e enfrentamento, na medida em que existe um paradoxo entre uma Constituição rica em direitos fundamentais (como é a Constituição de 1988) e a sua recalcitrante violação, especialmente pelas instituições que deveriam zelar e fiscalizar pela sua correta aplicação.

Caso sejam mantidos os desvios de comportamento dos sujeitos processuais e as viciadas práticas contrárias ao modelo constitucional de processo, ou não se acredite na possibilidade de se quebrar com um senso comum enrustido em antigas heranças e peculiaridades próprias do Brasil⁸³, o sistema processual jamais será eficiente e legítimo. Do mesmo modo, também se frustrarão as tentativas, ainda embrionárias, de interpretação e aplicação da lei processual segundo uma função contrafática e garantística, especialmente se não se abandonar, de uma vez por todas, o positivismo jurídico a partir de uma concepção do direito como integridade.

⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *As dificuldades de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial*. In *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo, Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 294-297.

⁸³ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In *Revista de Processo*, vol. 263, Jan/2017, p. 341.

– SEGUNDO CAPÍTULO –
PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS EM FOCO

Apesar da promulgação da Constituição de 1988, fruto de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais em nosso País, e do desenvolvimento por parcela da doutrina de um modelo constitucional de processo, verifica-se que a prática judiciária permanece refém da discricionariedade. A prevalecerem decisões como as mencionadas no capítulo anterior, as quais assumem, explícita ou implicitamente, a discricionariedade judicial, os principais componentes do Estado Democrático de Direito que surgiram com o processo constituinte de 1986-1988 continuarão simbolizando apenas uma utopia: antigos paradigmas provocam desvios de compreensão da Constituição e do papel do Judiciário, o ensino jurídico apresenta um quadro baseado em *standards* e manuais⁸⁴ e ainda se acredita que a interpretação seria um “ato de vontade”⁸⁵.

No âmbito processual, o problema da democracia e da necessária limitação do poder é uma constante que entrelaça discricionariedades, falta de contraditório e carência de fundamentação decisória adequada. Tudo isso guarda relação com o positivismo jurídico, que constitui um paradigma extremamente rico e complexo, com inúmeras variantes e autores que escapam aos limites do presente estudo, de modo que, aqui, far-se-á apenas um breve resgate histórico de suas principais linhas teóricas.

A Escola da Exegese

O movimento codificador do século XIX incorporou as discussões romanísticas dos comentadores e glosadores em defesa de uma maior clareza e segurança das normas jurídicas

⁸⁴ Para ilustrar, o TJSP, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0076680-32.2000.8.26.0000, julgado em agosto de 2000, transcreveu o seguinte comentário doutrinário ao art. 131, do CPC/1973 (cuja redação é quase idêntica à do art. 370, do CPC/2015), para “fundamentar” o acórdão: “Atende ele [o texto legal] a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados, que, com razão, não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas condições, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito”. Esse excerto doutrinário, que reflete a circularidade viciosa em que o julgador diz que o direito é o que a sua consciência intuir e a doutrina corrobora posturas dessa natureza em comentários que são citados por outros julgadores para atuarem da mesma forma, foi repetido em diversas outras ocasiões pelo TJSP.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-40.

e representou uma necessidade social da época de contenção do poder monárquico.⁸⁶ Desse movimento surgiu, na França, a primeira Escola jurídica positivista: a Exegese. A ideia central era a de que o Código Civil francês de 1804, fruto da Revolução Francesa e dos ideais iluministas, deveria ser completo, e a regra, clara, dispensando-se a necessidade de interpretação, de modo que o juiz seria apenas a “boca da lei”.

Na verdade, os primeiros comentadores do Código não viam na nova lei um obstáculo a certa “liberdade interpretativa” e à equidade. Posteriormente, o culto excessivo da lei marcou o apogeu do exegetismo, representando a realização integral do método jurídico tradicional, construído por silogismos. O rigor à letra da lei⁸⁷ também caracteriza a Exegese, como se o Código de Napoleão tivesse sepultado todo o direito anterior e contivesse em si as regras para todos os possíveis casos futuros a partir da identificação da intenção do legislador.

Os principais elementos do exegetismo consistem, portanto, na completitude da lei, que nega o direito natural; na concepção rigidamente estatal do direito, que implica o princípio da onipotência do legislador; na interpretação da lei fundada na intenção do legislador; no culto do texto da lei; e no respeito pelo princípio da autoridade.⁸⁸

A “interpretação” teria cunho apenas declaratório e descritivo, despida de qualquer juízo de valor sobre sua finalidade. Toda a evolução do direito só poderia ser realizada mediante o processo legislativo, mas jamais por qualquer contribuição criativa do intérprete, além de haver uma confusão entre norma e o texto da lei.

Embora tudo isso pareça muito distante da atualidade, o art. 111, do CTN, estabelece que se interpreta *literalmente* a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Também as súmulas foram criadas com a finalidade de revelar o entendimento oficial do tribunal sobre certo tema para se prevenir recursos inúteis, pois assim (supostamente) se acabaria com a divergência futura de interpretações díspares.

O que há na crença de que as súmulas (vinculantes ou não) e a lei (a exemplo do art. 111, do CTN) resolveria o “problema interpretativo” é um resgate dos principais postulados da Exegese que acredita na clareza do texto e no poder racionalizador de sua literalidade.⁸⁹ Mas o que é a literalidade da lei? É possível falar-se em sentido literal de alguma coisa? Exis-

⁸⁶ LIMA, Mário Franzen de. *A hermenêutica tradicional e o direito científico*. Oficinas Gráficas: Belo Horizonte, 1932, p. 237-238.

⁸⁷ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro: da interpretação e da aplicação do direito objetivo*. Volume III. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1939, p. 322-333.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 84-89.

⁸⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese*. In *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 206, Revista dos Tribunais: São Paulo, abril/2012, p. 364.

tem leis claras e leis obscuras? Onde está o direito? Na literalidade? Na interpretação “literalmente isolada” da lei? E o fechamento do sistema?

O problema da Exegese era o de que a codificação apenas corresponde às exigências da vida social no momento em que é estabelecida, e mesmo assim nunca consegue prever todas as possíveis situações juridicamente relevantes ou tampouco resolveria a “questão interpretativa”. Caso se pretendesse manter a codificação, inevitavelmente deixaria de haver concórdância sistêmica entre o direito e a vida, mas a doutrina da época continuava ferrenha ao exegetismo, recorrendo à vontade presumida do legislador, a diversos métodos interpretativos e a princípios gerais⁹⁰ extraídos de regras particulares, enquanto a jurisprudência evoluía e progredia sob a pressão dos fatos.

A Escola Analítica de Jurisprudência

Paralelamente ao exegetismo, desenvolvia-se na Inglaterra a Escola Analítica de Jurisprudência, cujos maiores expoentes foram Jeremy Bentham e John Austin. O pensamento de Bentham teve uma grande influência no mundo ocidental, embora não propriamente na Inglaterra, e foi marcado pelo utilitarismo e por seus diversos projetos de codificação, que expressavam uma dura crítica ao *common law*.

Essa crítica se baseava na falta de aptidão do Judiciário para promover padrões mínimos de segurança jurídica, pois a racionalidade dos precedentes de que falava Blackstone era algo bastante impreciso e sujeito à avaliação pessoal do juiz, bem como se consentia com a retroação do direito quando o juiz proferia a sentença para resolver um caso inteiramente novo. Bentham não compreendia porque se preferia o direito jurisprudencial quando o legislador poderia criar um sistema completo e claro de regras jurídicas (princípios da máxima utilidade, completitude, cognoscibilidade e justificabilidade), e insistia que o juiz não detinha competência específica para criar normas, além de não estar sujeito ao controle popular no que dizia respeito a essa atividade criativa.⁹¹

⁹⁰ Os princípios gerais do direito constituem apenas figuras supletivas e subsidiárias colocadas à disposição do magistrado para resolver eventuais antinomias e lacunas legais, não sendo dotados de força normativa, diferentemente da concepção pós-positivista. “O método comumente adotado para a investigação dos princípios gerais de direito consiste em se partir das disposições particulares da lei e elevar-se, por generalização crescente, até encontrar o princípio no qual se enquadre o caso concreto não previsto pela disposição legal.” RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 1º volume – O direito. Max Limonad: São Paulo, 1952, p. 307-310.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 96-100.

John Austin compartilhava do utilitarismo de Bentham, mas, ao contrário deste, dedicou-se principalmente a estudar o direito como de fato ele era, e não como deveria ser, no que recebeu influências do historicismo alemão que concebia o direito positivo como o direito posto pelo Estado (não necessariamente pelo legislador). Segundo Austin, o direito positivo é constituído por comandos emanados pelo soberano em uma sociedade política independente e é informado pelo princípio segundo o qual os costumes e os precedentes apenas seriam revestidos de autoridade jurídica quando consagrados pelo Judiciário enquanto instância estatal (autoridade subordinada).⁹² Uma lei nada mais seria do que a vontade do soberano dotada de força (sanção)⁹³, cabendo à jurisprudência (ciência jurídica) expor os princípios, noções e distinções comuns a todos os sistemas jurídicos (filosofia do direito positivo).

Austin defendia que quanto mais as deliberações judiciais fossem analisadas, mais se identificaria nelas um genuíno, embora tácito, comando jurídico, e isso foi essencial para a superação da teoria declaratória em favor de uma teoria que admitisse que os juízes, ao decidirem, exerciam, de fato, uma atividade criativa⁹⁴.

Da Jurisprudência dos Conceitos à Escola de Direito Livre

Na Alemanha, por sua vez, desenvolvia-se, também sob o influxo de um positivismo legalista da primeira metade do século XIX, a Jurisprudência dos Conceitos, cuja virtude propugnada era a de tornar mais orgânico o estudo do direito mediante construções jurídicas capazes de dar a cada palavra da lei o significado que o legislador lhe quis imprimir⁹⁵. Caberia à jurisprudência criar conceitos gerais a partir de casos concretos – cujas particularidades deveriam ser suprimidas – até se chegar a um conceito universal capaz de compreender todas aquelas situações particulares que lhe deram origem.

Às tentativas renovadoras dos métodos tradicionais dos países latinos (França, Bélgica e Itália) do último quarto do século XIX correspondeu, nos países germânicos, o movimento denominado “direito livre”. Tratava-se de uma reação ao postulado “da plenitude lógica do direito positivo” e às abstrações lógicas da Jurisprudência dos Conceitos que emperraram o desenvolvimento do direito. As duas grandes tendências da livre pesquisa do direito eram a

⁹² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 105.

⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 71.

⁹⁴ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 38-39.

⁹⁵ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito Civil brasileiro: da interpretação e da aplicação do direito objetivo*. Volume III. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1939, p. 288-294.

finalística, que se destinava a resolver os conflitos de direitos mediante a apreciação dos interesses humanos (Jurisprudência dos Interesses), e a sociológica, que enfatizava a limitação das atividades individuais como condição essencial para a existência da sociedade.⁹⁶

Esses movimentos surgiram em um momento de crise da primeira fase do positivismo, que se pode denominar de legalista e cuja grande característica foi a defesa de modelos interpretativos sintático-semânticos. Nesse contexto de afrouxamento do rigor jurídico a partir de argumentos políticos, econômicos e sociais na interpretação jurídica, Hans Kelsen surgiu para reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas sobre novas bases, resgatando algumas ideias da filosofia de Bentham e Austin.⁹⁷

O positivismo de Kelsen

Kelsen estabeleceu a diferença entre normas e proposições jurídicas: as primeiras seriam prescrições, permissões, atribuições de competência, comandos e mandamentos produzidos pelos órgãos oficiais a fim de serem aplicadas e observadas pelos seus destinatários e cuja validade repousa em uma norma fundamental hipotética; as segundas seriam produzidas pela ciência jurídica para descreverem as relações constituídas mediante as normas jurídicas, enunciando juízos hipotéticos dos quais devem advir determinadas consequências previstas pelo ordenamento, desde que atendidas certas condições.

Nessa distinção ganha expressão a diferença entre a função do conhecimento jurídico, cabendo à ciência jurídica conhecer externamente o direito e descrevê-lo com base em sua compreensão, e a função da autoridade jurídica, a quem compete produzir o direito a ser posteriormente conhecido e descrito pela ciência jurídica. Certamente, aos órgãos oficiais também incumbiria conhecer o direito antes de aplicá-lo, mas isso seria apenas uma etapa preparatória e não essencial para o exercício de sua função primordial, inclusive no que diz respeito ao juiz, que aplicaria a norma geral ao mesmo tempo em que criaria, com a sentença, a norma individual específica para determinado caso.⁹⁸

Para descrever o direito positivo segundo a Teoria Pura do Direito, a ciência jurídica precisaria interpretar as normas jurídicas, o que se realizaria mediante um ato de conhecimen-

⁹⁶ LIMA, Mário Franzen de. *A hermenêutica tradicional e o direito científico*. Oficinas Gráficas: Belo Horizonte, 1932, p. 83-85.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª edição, rev., mod., ampl., Saraiva: São Paulo, 2014, p. 34-35.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 1987, p. 78-82.

to, do mesmo modo que as pessoas em geral fazem no intuito de bem observá-las. Contudo, a ciência jurídica não poderia fazer nada além de estabelecer as diferentes possibilidades interpretativas em vista da plurissignificação da norma jurídica (moldura da norma). Esse tipo de interpretação seria puramente cognoscitiva, e a ideia de que criaria direito fundamenta a crítica de Kelsen à Jurisprudência dos Conceitos, da mesma forma que ele também nega a possibilidade de a ciência jurídica suprir as lacunas do direito, cujo preenchimento competiria apenas às autoridades investidas de poder para tanto.

A interpretação como um ato de conhecimento – típica da ciência jurídica – é essencialmente diversa da interpretação como um ato de vontade do tipo que realizam os órgãos oficiais aplicadores do direito, cuja interpretação cognoscitiva da norma a ser aplicada combinar-se-ia com um ato de vontade em que se realizaria uma escolha entre as diversas possibilidades reveladas mediante aquela interpretação como um ato de conhecimento, surgindo, do ato de vontade, uma nova norma jurídica.

Essa diferenciação explora uma das questões mais controversas na Teoria do Direito e constitui um dos pontos centrais do presente estudo: a indeterminação do direito. Kelsen reconhece que as determinações jurídicas nunca são completas, pois o direito é em parte indeterminado, mas não vê nisso um problema grave, pois defende que deve haver certa margem de livre apreciação pelo aplicador da norma. Kelsen nega veementemente a possibilidade de existir apenas uma interpretação “correta”, do mesmo modo que nega que uma interpretação política e subjetivamente melhor prevaleça sobre outra que, do ponto de vista lógico-formal, seja tão possível quanto aquela.⁹⁹

A tímida sugestão de Kelsen para que a autoridade criadora do direito procure utilizar fórmulas verbais o mais inequívocas possível é muito pouco se comparado com o grande problema deixado por ele, qual seja, a discricionariedade judicial, além de ignorar o ineludível caráter aberto da linguagem e a impossibilidade de aprioristicamente fixarem-se os significados das palavras.

O positivismo de Hart

A discricionariedade judicial é um dos pontos centrais na teoria de Herbert Hart, que figura entre os pensadores mais proeminentes do positivismo jurídico moderno, ao lado de

⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 1987, p. 363-371.

Kelsen, Austin e Bentham. Além disso, o conceito de poder discricionário proposto por Hart e suas repercussões para a aplicação do direito constituem um dos pontos centrais do ataque de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico.

Hart propunha um conceito dinâmico de direito como uma prática social construída pelos próprios membros de um grupo que acata e aplica determinadas regras de conduta para se alcançar o seu conteúdo. Isso porque as pessoas teriam uma atitude crítica e reflexiva perante os seus padrões de comportamento nos quais se incluiriam as regras jurídicas, cuja validade e eficácia repousariam em uma regra de reconhecimento¹⁰⁰. Esse deslocamento da perspectiva externa (do observador) para a interna (do participante)¹⁰¹ é conhecida como “virada Hartiana” e foi extremamente importante para o desenvolvimento das teorias da argumentação jurídica e para uma revisão da noção positivista segundo a qual o direito seria apenas um fato social à espera de ser conhecido.

Embora Hart sustentasse a existência de uma regra de reconhecimento cuja função em muito se assemelharia à norma fundamental hipotética de Kelsen, ambos esses teóricos se diferenciam substancialmente nesse aspecto¹⁰²: em Kelsen, a norma fundamental não teria sido posta por qualquer autoridade e seria vazia de conteúdo, devendo apenas ser *pressuposta* para a atribuição de validade às normas jurídicas gerais formuladas pelos órgãos oficiais e que determinam o conteúdo do direito; em Hart, a norma de reconhecimento, ao invés de uma hipótese lógica de ordem transcendental, constituiria uma norma última cuja existência poderia ser empiricamente verificável, pois quem proveria os critérios de reconhecimento de validade das regras particulares seriam as próprias pessoas que os usam para identificar o direito¹⁰³.

De acordo com Hart, as grandes sociedades utilizam regras gerais, padrões e princípios como instrumentos de controle, preferindo-as às ordens individuais criadas especificamente para cada situação. Por isso, o direito se referiria, ainda que não exclusivamente, a classes de pessoas, fatos, atos e circunstâncias, e tanto melhor seria quanto maiores fossem suas aplicações nas mais diversas instâncias sociais em situações particulares a partir de suas generalizações. Nessa empreitada, dois são os principais mecanismos utilizados para expressar as regras

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart, Second Edition*. Stanford Law Books: Stanford, 2008, p. 37-38.

¹⁰¹ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 57.

¹⁰² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 128-130.

¹⁰³ “Sempre que uma regra de reconhecimento é aceita, particulares e oficiais detêm critérios autoritativos para identificarem as regras primárias que estabelecem obrigações. Esses critérios podem, como visto, assumir uma ou mais formas: incluem referências a um texto autoritativo, a um ato da legislatura, às práticas costumeiras, a declarações de determinadas pessoas, ou a decisões precedentes em casos particulares”. Tradução livre de HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 100

jurídicas: a lei e o precedente, que se diferenciariam em razão do maior ou menor grau de abstração em suas classificações¹⁰⁴.

O estado ideal das coisas sugeriria que as formulações legais ou por precedentes fossem sempre claras, certas e determinadas, de modo que cada pessoa pudesse reconhecer as instâncias verbais e textuais de cada regra e aplicá-la por si próprio a si mesmo. Mas não é assim que as coisas funcionam e Hart não desconhece nem se esquivava dessa realidade: em todos os campos da experiência – e não apenas o das regras – existe um limite inerente à natureza da linguagem.

Os cânones interpretativos – famosos nos métodos interpretativos tradicionais – podem apenas diminuir um pouco a incerteza e a incompletude das palavras, mas nunca eliminá-las, pois eles próprios representam generalizações e usam de conceitos que devem ser também interpretados. Esses cânones – assim como as regras – não são auto-interpretativos.¹⁰⁵ As generalizações contidas nas formulações das regras são, sob uma importante perspectiva, incertas e incompletas, pois essa característica – comum à linguagem – faz ruir o esquema silogístico de subsunção do fato à regra.

A indeterminabilidade das enunciações das regras – legais ou por precedentes – configura o que é chamado por Hart de *textura aberta*, a qual criaria uma margem de discricionariedade para o aplicador do direito que não poderia ser confundida com irracionalidade ou arbitrariedade, mas que, assim como em Kelsen, representa um poder de *escolha*.¹⁰⁶ Segundo Hart, seria impossível que se cogitasse de uma regra jurídica tão completa e inequívoca capaz de eliminar quaisquer dúvidas quanto à sua aplicabilidade a determinado caso concreto, porque é necessário aceitar a condição humana. Sendo assim, haveria duas grandes inescapáveis limitações co-implicadas sempre que se pretendesse regular previamente determinadas condutas humanas ainda por acontecer: a relativa ignorância de todos os fatos e a relativa indeterminabilidade da finalidade da regra.

Hart usa a textura aberta das regras para sustentar que existem questões a serem mesmo deixadas para posterior desenvolvimento pelas cortes ou autoridades, que deveriam encontrar um equilíbrio entre os interesses conflitantes à luz das circunstâncias do caso concreto. A margem para o exercício da discricionariedade seria inerente a todo e qualquer sistema normativo e representaria um importante poder criativo do direito, muito embora Hart reconheça que existiria um limite para essa discricionariedade. Há vezes em que a discricionariedade

¹⁰⁴ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 124.

¹⁰⁵ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 126.

¹⁰⁶ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 128.

judicial seria passível de censura e isso faria parte do jogo. Contudo, se os erros forem muito frequentes, o jogo perderia as suas características essenciais e passaria a ser apenas um livre exercício de discricionariedade.¹⁰⁷

Em contrapartida à discricionariedade judicial, Hart defende que, apesar da textura aberta da linguagem, o sistema de regras seria determinado o suficiente para fornecer padrões de correção das decisões judiciais, o que representaria um ganho em relação à teoria Kelseniana (mas não o problema ainda continuaria sem solução). Esses padrões não poderiam ser ignorados pelos juízes e limitariam o seu poder discricionário/criativo, sendo vedada a criação de reformas em grande escala mediante a decisão judicial, que deveria resolver apenas o caso concreto. Nesse sentido, o poder do juiz – que deveria agir como um legislador consciente – seria intersticial e sujeito a diversos mecanismos de contenção, pois sempre deveriam existir razões mais gerais que justificassem as suas decisões, ainda que outro juiz tivesse decidido de forma diferente no mesmo caso.¹⁰⁸

A teoria de Hart convive com os desacordos, mas estes se limitam às regras primárias (constituem obrigações, permissões, direitos e deveres). Hart não explica, por exemplo, de onde provém a autoridade dos juízes no exercício de sua discricionariedade criativa. Nesse sentido, sua teoria é incompleta porque não explica os desacordos com relação às regras secundárias no contexto de legitimação conferida ao poder discricionário. Essa é uma questão que o positivismo moderno não conseguiu explicar – pelo contrário: convive com ela ao argumento da indeterminação.

Como já observado, o positivismo jurídico é um paradigma jus-filosófico extremamente diversificado, podendo-se distinguir nele diversas ramificações, desde as que propugnam que o direito e o texto legal se confundiriam até teorias do direito que insistem que diante de certos casos os juízes poderiam decidir de forma discricionária, o que traz em si um grave déficit democrático: a institucionalização da discricionariedade – quem tem o poder de decidir o direito alheio de forma discricionária?

Ronald Dworkin: unidade do valor e resposta correta

Contrariamente às concepções positivistas de direito, o construtivismo-jurídico de Ronald Dworkin tem como um de seus pontos centrais a justificação do uso coercitivo do poder

¹⁰⁷ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 144.

¹⁰⁸ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 273.

estatal a partir de uma dura crítica ao poder discricionário¹⁰⁹ – tese da resposta correta. Sua obra é profundamente marcada por uma preocupação com a legitimidade do direito contemporâneo e da coerção estatal¹¹⁰ à luz de uma concepção democrática que considera uma sociedade de princípios e de um conceito interpretativo próprio cuja justificativa esteja radicada em uma rede integrada maior de valores políticos, morais e éticos – tese da unidade do valor.

A relevância de se analisar a fundo a teoria Dworkiana se justifica na medida em que o art. 926, do CPC, está diretamente relacionado à teoria do direito como integridade e constitui a chave de leitura para a compreensão dos institutos de direito jurisprudencial disciplinados pelo Código.

É importante frisar que, embora Ronald Dworkin seja um dos autores mais lidos da atualidade, isso não significa que seja bem compreendido¹¹¹. Isso fica evidente quando processualistas de peso como Fredie Didier Jr.¹¹² afirmam que a teoria da “única resposta correta” desenvolvida por Dworkin não seria capaz de responder o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Como se verá, resolver o caráter controverso do direito é um dos panos de fundo da obra de Dworkin. Outro caso de má-compreensão do filósofo é de autoria da eminente Prof. Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹³, segundo quem Dworkin teria afirmado que, nos casos difíceis, o juiz tem de agir como legislador para criar direito novo. Como também se verá, Dworkin disse exatamente o contrário.

Considerando a grande influência desses processualistas na formação de muitos juristas brasileiros que leem as suas obras, a importância de se apresentar corretamente a teoria de Dworkin é redobrada, na tentativa de se evitar que concepções equivocadas dessa teoria sejam perpetuadas.

Há três pontos fundamentais em Dworkin que devem ser compreendidos desde já. O primeiro é que ele propõe uma teoria independente dos valores descritos pelos conceitos morais e políticos, os quais devem ser integrados uns com os outros e não dependem da verdade

¹⁰⁹ Dworkin constrói a sua crítica ao poder discricionário considerando o seu “sentido forte”, segundo o qual uma autoridade não está limitada pelos padrões normativos existentes para decidir. Há outros dois sentidos que a expressão pode assumir: quando a aplicação dos padrões normativos exige a capacidade de julgar (não podem ser aplicados mecanicamente) e quando essa autoridade tem competência para tomar a decisão em última instância. Ambos esses sentidos são considerados por Dworkin como fracos e não estão integram a sua crítica. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 32-33.

¹¹⁰ BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989, p. 1139.

¹¹¹ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 278.

¹¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. Vol. 2, 2015, p. 484.

¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Cada caso comporta uma única solução correta? In Direito Jurisprudencial*, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1223.

empírica ou de seus métodos de verificação dos quais se ocupam as ciências naturais: a verdade moral é independente dos fatos concretos – princípio de Hume¹¹⁴.

Esse princípio postula que todo argumento que apoie ou refute uma proposição moral tem de incluir ou pressupor outras proposições ou premissas morais. O que torna um juízo moral verdadeiro são os argumentos e razões que o justificam, os quais devem ser construídos de modo que os valores que esses juízos refletem estejam dispostos em uma rede¹¹⁵ integrada e coerente na qual cada juízo justifique todos os demais em maior ou menor grau de abstração. Essa rede de valores depende de um raciocínio moral como uma forma especial de raciocínio interpretativo que apenas pode ser alcançado quando se age com responsabilidade moral.

O segundo ponto fundamental é que sua concepção de direito não conflita com a moral, sendo ele – o direito – antes um dos ramos da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que por sua vez é um ramo da ética (bem viver). Os padrões morais “prescrevem como nós devemos considerar os outros”, e os padrões éticos se referem a “como nós mesmos devemos viver”¹¹⁶.

Meyer esclarece que a referência de Dworkin a uma moralidade política não significa uma “moralização do direito”, ou que o direito seria subordinado à moral, a qual, na verdade, deve ser compreendida como um critério de “correção política”. Na teoria Dworkiana, o direito constitui uma ramificação da moralidade, mas, longe de sugerir uma equivalência entre a ética e a moral, ou que o poder político poderia avocar para si a pretensão de ditar padrões morais, o que Dworkin propõe é a atribuição à moralidade política de uma função corretiva do direito, para complementá-lo. Isso evita que se comprometa o pluralismo característico das sociedades modernas¹¹⁷ ao mesmo tempo em que possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência da moral.

E o direito, de certa forma, exerce uma função corretiva da moral, para evitar que particulares, em grupos ou individualmente, e o Estado imponham de maneira ilegítima os seus próprios interesses sobre as demais pessoas, ferindo a moralidade política. Essa função corretiva deve ser compreendida a partir dos déficits de cognição, de motivação e de operacionalidade da moralidade. Esses déficits são gerados pela indeterminação normativa provocada pela tensão entre universalização/adequabilidade, pela (in)existência de motivação suficiente para

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 203.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 100.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O que é uma vida boa?* Tradução autorizada de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 14.

¹¹⁷ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 296.

que o agente aja de acordo com aquilo que ele sabe ser o seu dever, e, ainda, pelas eventuais restrições de caráter estrutural que ultrapassem a capacidade pessoal de agir.¹¹⁸

Dworkin sustenta que temos uma responsabilidade de viver bem (valor da performance), e a importância de viver bem explica o valor de se ter uma vida criticamente boa. A distinção entre a moral e a ética guia a busca por padrões éticos capazes de orientar a interpretação de conceitos morais, “os quais devem ser compreendidos de forma a se encontrar quais objetivos pessoais se adequariam, de um lado, e se justificariam obrigações imputáveis a cada um de nós, de outro”¹¹⁹.

Há dois princípios éticos basilares: o de respeito por si mesmo – cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida –, e o da autenticidade – cada um tem a responsabilidade pessoal de identificar quais devem ser os critérios de sucesso de sua própria vida¹²⁰. Ambos esses princípios compõem o que Dworkin entende por dignidade humana, a qual apoia um segundo tipo de respeito: o respeito ao próximo. Trata-se de uma exigência da coerência valorativa, pois a vida de cada pessoa é objetiva e igualmente importante à de qualquer outra.

Por isso, atos contrários a esse dever de igual consideração e respeito são contrários à moralidade e também afetam negativamente a ética. A partir dessa integração entre a ética e a moral, as responsabilidades que cada um tem perante os demais, a proibição normativa à causação de dano, as obrigações decorrentes das promessas, dentre muitos outros desdobramentos da responsabilidade moral, são dimensões do respeito que devemos ter por nós mesmos.

A moralidade política – como ramificação da moral pessoal – é condição de possibilidade para os atos de autoridade e coerção do Estado, que deve tratar as pessoas apenas de forma justificada e coerente¹²¹. Essa moralidade política também fundamenta os direitos políticos, que constituem trunfos do cidadão perante o governo e expressam os princípios mais gerais de igual consideração e respeito. A teoria da igualdade deve ser integrada a uma teoria da liberdade cuja função seja garantir o exercício da autonomia (*freedom*) de cada pessoa fazer o que bem entender sem ser constrangido pelo Poder Público e um espaço de liberdade (*liberty*) no qual seria errado o Estado constranger o indivíduo a fazer qualquer coisa.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132.

¹¹⁹ NUNES, Dierle; QUINAUD PEDRON, Flávio Barbosa, SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. Revista de Processo, v. 263, p. 2017, p. 345.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 203.

¹²¹ BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989, p. 1137.

Todos esses conceitos éticos, morais e políticos são essencialmente controversos, e tanto maior será a profundidade dessa controvérsia quanto mais concretos e específicos forem os valores que expressam. Em uma democracia moderna, dificilmente alguém contestará que o Estado deva tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, mas quando se delineiam os direitos e deveres mais concretos que decorrem daqueles valores mais abstratos, torna-se necessária a formulação de uma teoria do direito coerente e integrada o suficiente para o dimensionamento e enfrentamento das divergências e controvérsias sinceras de uma comunidade acerca de quais são esses direitos e deveres.

A verdade na moral é um projeto sempre em construção, e depende que as pessoas ajam com responsabilidade moral ao construírem as suas proposições. A responsabilidade moral exige que busquemos uma coerência de valores e autenticidade em nossas convicções, que devem funcionar como filtros quando somos pressionados por motivações conflitantes e concorrentes que também defluem de nossa história pessoal. Inicialmente, nossas convicções são porosas, compartimentalizadas e abstratas, e a responsabilidade moral exige que interpretemos criticamente essas convicções à luz das demais e também à luz daquilo que nos afigura como um modo adequado de viver, sempre tratando os demais com igual respeito e consideração.

A construção de uma rede integrada e coerente de conceitos interpretativos e a busca pela verdade na moral constituem um empreendimento tão enormemente brutal que as controvérsias entre as pessoas acerca desses conceitos e valores tornam-se parte essencial do empreendimento, que tanto melhor será executado quanto mais séria, crítica, sincera, autêntica e responsabilmente as pessoas dele participarem.

Seria necessário que as pessoas tivessem capacidades sobre-humanas para tornar possível a construção de uma rede tão vasta como a que a integridade e a coerência exigem. Por isso, a busca pela verdade na moral constitui um empreendimento intersubjetivo que está sempre em desenvolvimento e é realizado mediante o debate, com a exposição de diferentes perspectivas e concepções acerca do que cada um entende melhor promover os princípios éticos e morais, rejeitando-se solipsismos. Ainda que pelo princípio de Hume não seja possível a uma pessoa demonstrar cientificamente que determinada proposição moral é verdadeira ou falsa, essa pessoa pode ter, pelo menos, a esperança de convencer aos demais, assim como pode vir a ser convencido de que outra proposição é melhor, e isso é saudável em uma democracia.

Há um valor intrínseco e de performance na discordância entre duas pessoas que, apesar de terem chegado a conclusões diferentes acerca de determinada questão, agiram com respon-

sabilidade moral, pois isso faz parte do jogo democrático. Mas não há valor quando duas pessoas concordam como se tivessem apenas tirado o mesmo resultado em um cara-ou-coroa, ou aceitado irrefletidamente uma opinião tendenciosa que viram no noticiário, porque a concordância, nesse caso, é um mero acidente.

O terceiro ponto fundamental é uma consequência do anterior. As práticas políticas de uma comunidade podem refletir três modelos, e cada um descreve as atitudes que os seus membros têm entre si. O *primeiro* modelo trata a comunidade como um acidente de fato no tempo e no espaço¹²². Não há qualquer associação genuína, pois cada um trata o próximo como um instrumento para atingir seus próprios fins, para sobreviver, para a organização de uma mera divisão do trabalho, ou até mesmo quando seus dirigentes políticos, movidos por uma paixão por justiça – e nada mais –, ajudam os subordinados apenas porque detêm os meios inerentes à sua função para tanto.

O *segundo* modelo de comunidade é o de regras. Seus membros aceitam o compromisso geral de obedecer a regras previamente estabelecidas de uma forma que é especialmente própria dessa comunidade. As pessoas aceitam essas regras e reconhecem que o seu conteúdo esgota as suas obrigações, e cada um busca promover a sua própria concepção de justiça mediante negociações que devem ser respeitadas até que realizado um novo acordo.¹²³

Por sua vez, o *terceiro* modelo, denominado modelo de princípios, aceita a virtude da integridade e reconhece que as pessoas são membros de uma verdadeira comunidade política quando governadas por princípios comuns – não apenas por regras criadas por um acordo político – subjacentes a essas regras e dos quais também derivam direitos e obrigações. Para essas pessoas, a política é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar – noção participativa da democracia (*partnership conception*) –, pois em uma comunidade verdadeiramente democrática, cada cidadão é um parceiro em igualdade de condições [noção de fraternidade], o que vai muito além do simples fato de seu voto valer o mesmo que o dos outros, significando que ele tem a mesma voz e igual interesse nos resultados.¹²⁴

Em uma comunidade de princípios, os direitos e deveres não se exaurem nas decisões particulares tomadas pelas autoridades e instituições públicas, pois eles decorrem do sistema de princípios que essas decisões pressupõem, reconhecem e justificam. Além disso, não se

¹²² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 209.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 210.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 384.

presume que cada um desses direitos e deveres deva ser isoladamente aprovado ou reconhecido pelas autoridades e instituições.¹²⁵

Uma associação de princípios não constitui uma comunidade automaticamente justa: há um perene exercício de quais práticas políticas satisfazem os princípios éticos e morais que nos mandam respeitar as nossas próprias vidas e as do próximo. Isso exige de cada um de nós uma postura moralmente responsável, crítica e autorreflexiva para conosco e para com as instituições públicas às quais confiamos a missão de zelar e garantir pelo cumprimento dos direitos e deveres que acreditamos sinceramente ter.

Dworkin não pressupõe uma comunidade política assentada em valores morais padronizados e em opiniões homogeneamente compartilhadas sobre as mais diversas questões. Pelo contrário: nós debatemos sobre o que a moral, a política e o direito exigem de nós com a finalidade de melhorar nossa estrutura institucional, conscientes de que nenhuma decisão da maioria, do administrador ou do magistrado é correta apenas porque foi tomada por uma autoridade investida de poder, ou porque deva ser respeitada enquanto durar. A busca por uma comunidade mais justa e mais igual perpassa necessariamente pelos avanços conquistados em um ambiente democrático e livre, ainda que de vez em quando um passo para trás seja dado, pois a divergência das pessoas sobre uma infinidade de complexas e importantes questões é condição de possibilidade para que se reconheça nelas uma comunidade verdadeiramente democrática e fraterna¹²⁶ que saiba aprender a respeitar as diferenças.¹²⁷

Ronald Dworkin: crítica ao positivismo e à discricionariedade judicial

Estabelecidas essas três questões fundamentais para a compreensão da filosofia Dworkiana, retorna-se à crítica ao positivismo. Em 1967, quando publicado o artigo “O Modelo de Regras I” (posteriormente republicado na obra “Levando os direitos a sério”), Dworkin traçou as primeiras linhas de suas críticas ao positivismo jurídico, cujo esqueleto, na descrição do filósofo, é constituído de alguns preceitos-chaves: (a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais que podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos que não guardam qualquer relação com o seu conteúdo, mas com o seu *pedigree*

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 211-212.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's ambitions for itself*. The 1984 McCorkle Lecture. Virginia Law Review, vol. 71, number 2, mar/1985, p. 187.

¹²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum, 2012, p. 162.

(isso é fundamental para separar o direito da moral, por exemplo); (b) esse conjunto de regras exaure o conteúdo do direito; e (c) se uma determinada situação não estiver amparada por uma regra específica (ou os seus conceitos forem vagos e indeterminados), então ela deve ser decidida de acordo com a discricionariedade da autoridade investida de poder para resolvê-la.¹²⁸

Dworkin argumenta que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras que ignora as diferenças entre regras, princípios e diretrizes políticas, sendo que estes dois últimos escapariam ao teste de *pedigree*. Há duas diferenças básicas (embora nem sempre evidentes) entre as regras e os princípios: a primeira é de natureza lógica: as regras se aplicam à maneira do tudo-ou-nada e os princípios fornecem razões para se agir ou decidir em determinado sentido, deixando de apresentar uma consequência jurídica imediata; a segunda diferença é de dimensão de importância: as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes na regulação do comportamento humano, enquanto os princípios se inter cruzam e têm uma dimensão de peso pela qual se deve levar em consideração a força relativa de cada um ao solucionar o caso concreto¹²⁹ por uma ponderação no sentido reflexivo (e não de balanceamento) de construção teórica sobre o princípio adequado à situação.¹³⁰

Dworkin normalmente é criticado por ter imputado a Hart algo que ele jamais teria defendido: que o direito é composto apenas por regras, e não também por princípios¹³¹. Ocorre que se Hart diz que os juízes não estão vinculados a qualquer padrão normativo-jurídico para decidirem os casos difíceis e se estes são resolvidos com base em princípios, sua teoria só seria coerente se também sustentasse (mas não sustenta) que os princípios ou os padrões que realmente resolvem os casos difíceis integram o direito – ele não precisava afirmar que o direito é um conjunto apenas de regras, uma vez que isso decorre naturalmente de suas posições mais explícitas.

Entretanto, o cerne do debate não se resume a definir se o direito é composto apenas por regras ou também por outros padrões normativos. Hart e Dworkin divergem profundamente a respeito do poder discricionário (em sentido forte) que os juízes exercem ao decidirem os casos difíceis, e a raiz dessa controvérsia reside em suas diferentes concepções do direito. A regra de reconhecimento de Hart estipula que uma regra jurídica é um padrão porque foi aceita socialmente por um ato legislativo, uma decisão judicial, um ato administrativo ou um cos-

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 17.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 24-27.

¹³⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 280.

¹³¹ HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994, p. 259.

tume – o direito existe na medida em que existir um padrão socialmente aceito como autoritativo ou se existir uma regra secundária (também aceita) que confira validade a uma regra primária. O exaurimento da regra social de reconhecimento representaria o exaurimento do direito e traçaria o limite a partir do qual o juiz estaria autorizado a decidir discricionariamente.¹³²

Dworkin, ao contrário, sustenta que o direito é constituído por normas vinculantes mesmo quando carentes de suporte social prévio e autoritativo, em razão de seu conteúdo moral que impede os juízes de decidirem com base em padrões extrajurídicos e de acordo com as suas preferências pessoais¹³³. Enquanto a aceitação social se limita ao acordo político e se exaure na medida em que determinados casos não são regulados por regras explícitas, a moralidade se mantém, porque um princípio – ainda que implícito – contém uma exigência da moralidade, de modo que aqueles casos continuam sendo regulados pelo direito. A tese dos direitos de Dworkin rejeita que um juiz, ao decidir, faça uma escolha entre as suas próprias convicções e as convicções da comunidade da qual faz parte: os juízes devem decidir quais princípios sustentam a moralidade política instituída pela Constituição, pelas leis e pelas instituições de sua comunidade.

Sobretudo, o pensamento de Dworkin evoluiu ao longo do tempo para incorporar um importante argumento interpretativo à sua crítica: como explicar os desacordos teóricos acerca dos fundamentos do direito?¹³⁴ Dworkin sustenta que, ainda quando nenhuma regra regule determinado caso, “continua sendo dever do juiz, mesmo nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retrospectivamente”¹³⁵. Essa teoria não pressupõe nenhum procedimento mecânico – pelo contrário: pressupõe que os juízes e juristas irão divergir seriamente sobre quais são esses direitos, porque as leis e as regras são quase sempre vagas e alguns casos colocam problemas tão novos que não podem ser resolvidos nem se as regras existentes fossem simplesmente reinterpretadas ou ampliadas.

¹³² IKAWA, Daniela Ribeiro. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, v. 61, 2004, p. 102.

¹³³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 35-37

¹³⁴ Scott Shapiro aponta uma importante evolução no pensamento de Dworkin muitas vezes desconsiderada pelos defensores do positivismo: a primeira crítica de Dworkin sustenta que os juízes decidem os casos difíceis com base em razões jurídicas imbuídas de relevantes argumentos morais que escapariam à regra de reconhecimento; a segunda (amadurecida apenas em “O Império do direito”) considera que o positivismo não explica por qual razão os juízes discordam seriamente dos fundamentos do direito, quando esses fundamentos, segundo a regra de reconhecimento, dependem de um consenso inexistente que os torne vinculantes. Os positivistas já acomodaram às suas concepções a existência de princípios não sujeitos ao teste de *pedigree* para a solução dos casos difíceis, esvaziando um pouco a crítica inicial de Dworkin, mas ainda não conseguiram fornecer uma resposta satisfatória à sua segunda crítica, e muito menos para a questão da discricionariedade. SHAPIRO, Scott J. *The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed*. Public Law and Legal Theory Working Paper Series nº 77, Michigan Law: Michigan, march/2007, p. 36-38, 54.

¹³⁵ Tradução livre de: “It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively.” DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 81.

Dworkin critica a concepção segundo a qual, nesses casos, os juízes deveriam agir como “legisladores segundos”, promulgando “leis” que, em suas opiniões, os legisladores promulgariam caso estivessem diante do problema posto. Na realidade, os juízes não deveriam ser e tampouco são legisladores delegados, devendo decidir de acordo com argumentos de princípios (justificam direitos), e não com base em argumentos de política (justificam objetivos coletivos).¹³⁶ Assim como qualquer autoridade, os juízes estão sujeitos à responsabilidade política, segundo a qual apenas devem tomar decisões que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as demais decisões que eles tomaram e se propõem a tomar. Essa responsabilidade política rejeita a prática de tomar decisões que aparentemente estejam certas isoladamente, mas que não consigam ser integradas à história institucional do direito – a responsabilidade política exige uma consistência articulada.

Dworkin é um filósofo que fala muito por metáforas. Uma delas – e que precisa ser lida com muita atenção – é a do juiz Hércules, apresentada no artigo “Casos Difíceis”¹³⁷ e recorrentemente utilizada em escritos posteriores. Hércules é um jurista com capacidade, sabedoria e paciência sobre-humanas e que aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos, assim como que os juízes têm o dever de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento se aplique ao caso em juízo.

Ao interpretar a Constituição, Hércules desenvolve uma teoria na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo em seus diferentes aspectos, testando-a e contrastando-a com a estrutura institucional mais ampla. Ao interpretar a legislação, respeita os seus termos canônicos (evitando quebrar o pacto democrático) e constrói uma teoria política especial que justifique as leis que interpreta da melhor maneira possível à luz das responsabilidades mais gerais do legislador. E ao interpretar os precedentes, reconhece neles uma força gravitacional sobre as decisões posteriores mesmo quando se situam fora de sua órbita particular, no sentido de que o próprio fato de existir uma decisão precedente, enquanto fragmento da história política, oferece, por um imperativo de imparcialidade (*fairness*), alguma razão para se decidir da mesma forma casos semelhantes que ainda venham a ocorrer – a força gravitacional se limita à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar o precedente e não pode ser confundida com a sua força de promulgação, que se esgota nos limites linguísticos de determinada formulação canônica.

A teoria do direito que Hércules desenvolve deve ser ampla o suficiente para incluir uma teoria dos erros institucionais, pois a exigência da coerência não deve ser excessivamente

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 82.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 105-131.

forte a ponto de obrigar uma sociedade a aceitar a perpetuação de equívocos em sua história institucional. Primeiro, Hércules deve distinguir entre a autoridade específica de qualquer evento institucional e a sua força gravitacional (demonstração das consequências de se considerar um evento um erro), bem como distinguir entre erros enraizados e erros passíveis de correção (delimitação dos erros que podem ser excluídos). Por exemplo, se determinada norma legal for considerada um erro por Hércules e ele aceitar a supremacia do Legislativo, deverá continuar respeitando as limitações e disposições específicas dessa norma, mas não usará a sua força gravitacional para argumentar em favor ou em contrário a um direito mais fraco em outro caso. Segundo, deve demonstrar que a teoria dos erros constitui uma justificação mais forte do que qualquer alternativa que não inclua uma teoria dos erros.¹³⁸

Hércules é muitas vezes mal compreendido. Dworkin não propõe em momento algum que os juízes reais teriam capacidades sobre-humanas. A árdua tarefa de Hércules exige que ele construa um esquema de princípios abstratos e concretos capaz de fornecer uma justificação coerente a todos os precedentes, bem como um esquema que também justifique as disposições constitucionais e legislativas, fazendo juízos sobre questões complexas de adequação institucional, filosofia política e moral.

Evidentemente, trata-se de um empreendimento de grande magnitude que dificilmente alguém conseguiria realizar integralmente, mas Hércules não deve ser entendido como um mito: ele cumpre uma *função contrafática*, demonstrando a importância de se ter disposição para o debate, habilidade dialética e a sinceridade de não transformar esse debate em mera oposição de convicções e preferências pessoais. Hércules é útil porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz real é ou precisaria ser em razão do trabalho, da urgência e de outras contingências da vida que o limitam. Por outro lado, Hércules expõe os seus julgamentos ao estudo e à crítica¹³⁹ em favor de um importante fator de *accountability* (fundamentação decisória) tão necessário nas democracias modernas – afinal, os casos de justiça e de moralidade política que Hércules deve decidir são os mesmos casos que se apresentam aos juízes de carne e osso.

A falibilidade humana não deve ser capitalizada em um argumento contrário a Hércules: há injustiça quando se decide equivocadamente e devem ser desenvolvidos argumentos e técnicas que reduzam os equívocos institucionais justamente porque o erro é um mal inevitável, ao contrário de se recorrer à concepção positivista que autoriza o uso do poder discricionário.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 121-122.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 265.

A teoria de Dworkin defende que há uma única resposta correta para questões complexas de direito e de moralidade política e rejeita que existam alternativas de respostas ou argumentos que, de uma perspectiva objetiva, deveriam ser reconhecidos como igualmente bons – se assim fosse, a escolha entre um deles seria apenas uma escolha (argumento positivista), e não uma decisão exigida pela razão.¹⁴⁰ Há algumas conhecidas objeções à teoria de Dworkin: o ceticismo nega que qualquer opinião possa ter pretensão de verdade única, podendo haver apenas respostas, cada uma tão válida quanto a outra; além disso, ainda que se pudesse cogitar de uma única resposta correta, ela estaria presa no céu do filósofo do direito, inacessível a juristas e leigos, e não faria sentido buscá-la porque nunca haveria garantias de se tê-la alcançado.

O argumento mais geral segundo o qual não existe uma única resposta correta apresenta variantes, algumas delas exploradas ainda no final da década de 1970 no artigo intitulado “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?”, que posteriormente foi incorporado à obra “Uma questão de princípio”. Alguns dos argumentos criticados nesse artigo são os seguintes: (1) a inevitável imprecisão ou textura aberta da linguagem jurídica torna impossível dizer que determinada proposição é verdadeira ou falsa; e (2) as proposições inerentemente controversas não podem ser verdadeiras ou falsas, uma vez que é de tal maneira contestada que se torna impossível a qualquer um prová-la em um sentido ou em outro.

Contra o argumento da imprecisão, Dworkin objeta que há uma importante diferença entre um conceito impreciso e um conceito que admite concepções diferentes, bem como objeta que de um conceito impreciso em uma lei não decorre que o impacto dessa lei sobre o direito seja igualmente indeterminado. A ideia geral de que algumas questões jurídicas não teriam uma resposta correta não é resultado da imprecisão da linguagem, mas sim de que os juristas sensatos, em algumas ocasiões, podem discordar quanto ao que é a resposta correta.¹⁴¹

O argumento da controvérsia, por sua vez, pressupõe que devam existir questões jurídicas para as quais não se consiga dar nenhuma resposta certa, porque nem a assertiva de que determinada proposição é válida, nem a de que não é podem ser demonstradas como verdadeiras – supondo que essas duas respostas esgotam o número de respostas possíveis.

Ambos esses argumentos são retomados em “O império do direito”, primeira grande obra de fôlego de Dworkin, já mais amadurecido pelo constante debate com os seus críticos. A premissa essencial para o enfrentamento das divergências quanto ao direito consiste em se

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 279

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 189.

identificar o tipo de questão que suscita a divergência: há as questões de fato, as de direito e as relacionadas à moralidade política.¹⁴²

Se os juristas divergem sobre os fatos concretos e históricos envolvidos em um caso, sabe-se precisamente sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência é necessária para resolver a controvérsia. Com muita frequência, juízes, advogados e juristas em geral divergem sobre o segundo tipo de questão, inclusive sobre as formas de identificação de qual norma deve resolver o caso.

As diversas afirmações sobre as questões de direito podem ser chamadas de proposições jurídicas, e mesmo entre elas existem dois tipos de divergência que os juristas podem ter sobre a verdade de determinada proposição: a divergência empírica (os juristas controvertem sobre a existência de determinada lei, ou se ela foi revogada, ou sobre as exatas palavras de um artigo legal, por exemplo), que nada tem de especial porque reflete o mesmo tipo de divergência sobre uma questão de fato; e a divergência teórica, ou sobre os fundamentos do direito (*grounds of law*), isto é, sobre o que o direito realmente é, sobre qual é a lei ou o precedente realmente aplicável, dentre diversas outras questões¹⁴³. Esse último tipo de divergência pode estar relacionado a questões de moralidade política, se for necessário recorrer a esse tipo de questão para argumentar em favor de um princípio que prescreva determinado direito ou obrigação em um caso concreto.

A teoria do direito de Dworkin é uma teoria sobre a divergência teórica. Ele aceita que o direito, como fenômeno social, constitui uma prática *argumentativa* em razão de sua complexidade, função e consequências. O que essa prática permite ou exige depende da verdade de certas proposições que apenas adquirem sentido mediante ela própria. Existem duas formas pelas quais essa prática pode ser estudada: uma externa – do observador, historiador ou sociólogo que analisam o direito limitado a determinado espaço-tempo – e outra interna (adotada por Dworkin) – de quem vive a prática e dela participa, ainda que se reconheça na história um importante elemento na demonstração daquilo que seja o direito.¹⁴⁴

O argumento da imprecisão é vítima do que Dworkin chama de *agulhão semântico*. De acordo com esse argumento, a textura aberta das palavras tornaria impossível que uma proposição fosse verdadeira ou falsa, de modo que apenas se poderia discutir sensatamente se, em linhas gerais, todos aceitassem e seguissem os mesmos critérios. Para ilustrar, só se poderia discutir sobre quantos livros existem em cima de uma mesa se todos os participantes estives-

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 3.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 4-5.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 11-14.

sem de acordo, em linhas gerais, sobre o que é um livro. Poderia haver divergência apenas quanto aos casos limítrofes, tal como se um panfleto constitui um livro ou não, mas não se poderia discutir sobre os casos centrais, a exemplo de um romance poder ser classificado como um livro.

O agulhão semântico revela uma imagem muito rudimentar do seja a divergência na teoria do direito. A divergência genuína não é apenas semântica ou verbal, ou apenas sobre fatos, definições de dicionários ou definições comuns – a verdadeira divergência é sobre *valores*.¹⁴⁵

Dworkin defende que essa imagem da divergência não é exaustiva e aceita que ela seja genuína mesmo quando as pessoas usam critérios diferentes para dar forma a suas posições mais concretas: é uma questão de postura interpretativa que se manifesta quando os membros de uma comunidade divergem quanto àquilo que uma tradição ou prática realmente exige em circunstâncias concretas. Essa postura interpretativa é constituída por diferentes fases (teste de significado¹⁴⁶): primeiro, a identificação de determinada prática; segundo, o reconhecimento de um valor nessa prática, tal como a promoção de alguma finalidade ou propósito, ou o reforço a algum princípio; e terceiro, o reconhecimento de que as regras que constituem determinada prática devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas da forma que melhor promova o propósito, a finalidade ou o princípio que se tenha reconhecido na segunda fase.¹⁴⁷

Há inúmeros conceitos morais, nos quais se incluem os conceitos políticos e jurídicos de justiça, legitimidade, liberdade, igualdade, democracia, boa-fé, equidade, razoabilidade, dentre tantos outros. Às vezes, podem ser atribuídos múltiplos significados ao mesmo significante. Os conceitos morais são conceitos interpretativos: não são naturais no sentido de que representam um estado ou uma característica imutável na natureza (composição química dos elementos, por exemplo), nem criteriosais, no sentido de que são eleitos determinados critérios para identificar os casos particulares a que esses conceitos se referem, muito embora todos eles possam se tornar interpretativos quando utilizados em uma lei ou precedente. Um conceito é interpretativo quando pressupõe que sua correta aplicação é determinada pela melhor interpretação das práticas no contexto no qual surge¹⁴⁸, no sentido em que analisado no parágrafo anterior.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 45-46.

¹⁴⁶ MEYER, Emílio Peluso Neder. *Apresentação: Dworkin e as ambições do direito*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, Jul-Dez/2007, p. 11.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 47.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 158-160.

Certamente, os juristas e as pessoas em geral divergem quanto ao conteúdo dos conceitos interpretativos. Mas a possibilidade de haver essa divergência não significa que não se possa atingir a verdade moral, ou que ela não exista, ou que qualquer concepção sobre determinado conceito moral é tão boa quanto qualquer outra. A verdade moral não deve ser entendida da mesma forma que a verdade científica. À tese segundo a qual é possível se falar em verdade na moral (e no direito) normalmente se objeta que não é possível *demonstrar* essa verdade, como se ela dependesse da existência de “fatos morais” da mesma forma que existem “fatos concretos” de que as ciências naturais se ocupam: o fato de um carro ter atropelado um pedestre foi a causa de alguém ter visto esse carro atropelar esse pedestre, mas a tortura de bebês ser uma injustiça na opinião desse alguém não é a causa de ele concluir por essa injustiça, pois a “tortura” e a “injustiça” constituem conceitos interpretativos que não se compreendem a partir de uma análise dos fatos físicos (o ato de um terceiro sobre o qual esse alguém formou o seu juízo moral), mas de argumentos morais.

O primeiro tipo de ceticismo combatido por Dworkin é o externo, também chamado de arquimediano, que nega ter qualquer base na ética ou na moral e sustenta uma inspeção externa e metaética da verdade moral. O ceticismo externo se distingue em ceticismo de erro e de *status*. O primeiro defende que todos os juízos morais são falsos e se baseia em uma metafísica axiologicamente neutra. É o tipo de ceticismo mais imediatamente vulnerável, porque a própria afirmação de que não existe moral implica um juízo moral, e nesse sentido o ceticismo externo do erro é autocontraditório.¹⁴⁹

O ceticismo externo de *status* insiste em que os juízos morais seriam, na verdade, expressões ou manifestações de atitudes, preferências e emoções em um mundo onde a moral não exista. No entanto, a questão de se saber se os juízos morais são verdadeiros ou falsos constitui uma questão moral substantiva de primeira ordem. Nesse sentido, a metaética erra ao supor que, de uma perspectiva externa, seria realmente possível avaliar e rejeitar os juízos morais, porque sua veracidade segue a lógica do princípio de Hume.¹⁵⁰

A única forma séria de ceticismo é a interna, que rejeita a possibilidade de que em determinadas questões humanas seria realmente possível formular juízos morais positivos, e em outras, de conflito moral, não haveria respostas certas ou erradas. Em outras versões, sustenta que a moral é uma questão cultural, ou que a pequenez humana diante de um universo inconcebivelmente grande e durável transformaria qualquer questão moral em algo absolutamente desimportante sob qualquer aspecto. O ceticismo interno não nega a proposta de Dworkin em

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 46-47.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 52, 67.

um sentido bastante particular: de que os desafios à veracidade dos juízos morais são, eles próprios, teorias morais substantivas.

Contudo, é necessário distinguir a incerteza da indeterminação. Se uma pessoa não consegue formar sua opinião sobre uma questão após refletir sobre todos os argumentos a favor e contrários, ela está diante de uma incerteza. A incerteza convive com a possibilidade de os argumentos de um dos lados serem os corretos. A indeterminação, pelo contrário, rejeita essa possibilidade: sustenta que por mais que reflitamos sobre as questões éticas e morais, qualquer argumento em favor de um ou de outro lado da questão é tão bom quanto os demais.

No campo da ética, o ceticismo interno não conseguiu ainda fornecer um argumento em prol da indeterminação. Quando confrontadas com importantes questões pessoais sobre carreira profissional, as pessoas tomam as suas decisões em meio a um complexo conjunto de emoções, dentre elas a incerteza, mas acreditam que a decisão que vierem a tomar e o modo como isso será feito são muito importantes e terão impactos no futuro. Se na verdade tanto faz a forma como essas pessoas decidem e se estamos todos governados pelo determinismo, o ceticismo interno não tem um argumento para sustentar essa posição, ou porque ela seria melhor do que a alternativa de que existem, sim, decisões melhores e mais corretas do que outras.

No campo da moral, os cétricos internos, que se vangloriam de sua certeza quanto à impossibilidade de formulação de juízos morais positivos, não se dão ao trabalho de considerar se eles não teriam argumentos morais em favor de seus próprios juízos morais que declaram não haver juízos morais positivos falsos ou verdadeiros, ou se os seus juízos morais negativos não seriam tão “vagos” ou “pouco persuasivos” quanto os juízos que tanto criticam e dizem ser indeterminados.

Por fim, no campo do direito, quem acredita na tese de que não há respostas corretas parece ignorar que ela é, em si, uma tese jurídica que deve ser embasada por alguma teoria ou concepção do direito que seja capaz de explicar porque em uma democracia as pessoas teriam de aceitar e se contentar com a indeterminação de seus direitos, bem como porque uma concepção dessa natureza seria preferível a outra que legitimasse as práticas jurídicas a partir da virtude da integridade.¹⁵¹

Há duas concepções de direito especialmente combatidas por Dworkin. A primeira é o convencionalismo (positivismo jurídico), segundo a qual o direito é aquilo que as convenções sociais determinam que seja e quais as instituições têm o poder para elaborar as leis, ainda que os juízes que venham a aplicá-las considerem suas normas injustas. Ao juiz cabe seguir o di-

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 90-95.

reito, salvo em circunstâncias tais que não exista prévia convenção sobre determinada questão, que deverá ser resolvida com o uso do poder discricionário a partir da utilização de padrões extrajurídicos.¹⁵²

A segunda concepção é o pragmatismo (realismo jurídico), que é cético quanto à aptidão de as convenções do passado fornecerem alguma justificativa ao uso do poder estatal, insistindo que essa justificativa radica-se na eficiência, na justiça ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão jurídica e rejeitando que a coerência com decisões precedentes desempenhe algum papel relevante nesse processo, ou mesmo que existam genuínas pretensões jurídicas.¹⁵³

Contra ambas essas concepções, Dworkin propõe uma concepção do direito como integridade. Essa concepção nega que as manifestações do direito sejam apenas relatos factuais do passado ou programas instrumentais para o futuro. Uma sociedade política (de princípios) que aceita a virtude da integridade promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar o monopólio da força, protegendo-se a si própria contra a parcialidade, a fraude, as propostas conciliatórias, as discricionariedades, dentre outros tantos vícios. A integridade no direito propõe que as regras jurídicas mais explícitas não esgotam o seu conteúdo, pois também há princípios jurídicos decorrentes dessas regras e das práticas políticas que se expandem e contraem organicamente, de modo que cada regra e cada princípio integre um conjunto coerente de razões autoritativas que dispensem um detalhamento da legislação ou da jurisprudência para cada um dos pontos de conflito.¹⁵⁴

O direito como integridade começa no presente e apenas retorna ao passado na medida em que o seu enfoque contemporâneo o exigir, justificando as práticas precedentes à luz de uma história geral digna de ser contada hoje e aqui na busca por um futuro melhor. Os juízes são igualmente autores e críticos nessa história, pois constantemente se veem na situação de interpretar criticamente a constituição, as leis e os precedentes (o histórico institucional, ou o DNA do direito, na expressão de Streck¹⁵⁵) como se fossem capítulos de um romance ao mesmo tempo em que devem escrever o seu próprio capítulo (a decisão judicial), que, por sua vez, será interpretado por outros juristas no futuro como mais um capítulo acrescido a esse romance (metáfora do romance em cadeia).¹⁵⁶

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 116-117.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 151.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 188-189.

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 318.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 229.

Os termos integridade e coerência são particularmente importantes e constantes nos textos de Dworkin, mas não são sinônimos, embora tanto um como outro não se confundam com a ausência de contradição interna entre os argumentos de uma decisão. A coerência deve “expressar uma única e compreensível visão de justiça”¹⁵⁷ e permite que se faça um juízo valorativo de certo e de errado. Mas esse juízo é um tanto abstrato e apenas pode ser completamente compreendido caso a caso. Nesse sentido, a coerência, em Dworkin, seria a condição de possibilidade para a integridade, mas, às vezes, esta pressupõe uma quebra de coerência, a exemplo de quando se promove a superação de um precedente.

Dworkin traça importantes paralelos entre a prática jurídica e a interpretação literária: as proposições jurídicas não são meras descrições da história jurídica, nem são simplesmente valorativas, mas antes combinam elementos descritivos e valorativos. A interpretação de qualquer texto deve tentar mostrá-lo como a melhor obra que ele possa ser – a obra interpretada à sua melhor luz –, constituindo um empreendimento que se realiza mediante formulações de hipóteses estéticas que levem em consideração as dimensões de adequação, ajuste e coerência dessas formulações em relação ao texto interpretado.¹⁵⁸

Ao decidir o novo caso, o juiz deve se colocar como um parceiro no empreendimento político de descobrir quais os direitos e deveres as partes efetivamente têm, à luz do que decidiram os juízes passados, em um complexo de decisões, estruturas, convenções e práticas que forma aquela história. O juiz *deve* interpretar o que aconteceu porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos, ao contrário de partir em alguma nova direção.¹⁵⁹ Nesse empreendimento, a virtude da *integridade* exerce uma importante função contrafática. A necessidade de que o direito jurisprudencial seja tratado de forma coerente e íntegra exerce uma pressão para que os magistrados não preencham o conteúdo jurídico desses conceitos e cláusulas ambíguas de forma solipsista, mas, sim, de forma participada e aberta hermeneuticamente à história institucional do direito.

Na metáfora de Dworkin, cada juiz é como um romancista na corrente de decisões, devendo interpretar o que os juízes passados escreveram e decidiram para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente. A partir disso, o juiz deve acrescentar o seu próprio “capítulo” à história institucional do Direito. O desafio posto para o magistrado é re-

¹⁵⁷ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Third Edition, Stanford University Press, 2013, p. 80.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222, 228 e 240.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª edição, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

conhecer o direito como algo criado por meio da constituição e das leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado.

Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais, e também para as leis e para a constituição. Para tanto, deverá observar duas formas de coerência na organização de seu raciocínio, respeitando e promovendo princípios que fornecem a justificação das instâncias mais elevadas (dimensão vertical) e que forneçam a justificação a decisões do mesmo nível (dimensão horizontal).

Dworkin leva a sério o giro hermenêutico¹⁶⁰ (Gadamer) que rompeu com o realismo filosófico (objetivismo) e com a filosofia da consciência (subjativismo), deslocando o conhecimento para o âmbito das pré-compreensões, da linguagem e da intersubjetividade. O enfoque hermenêutico na filosofia Dworkiana se reflete na metáfora do romance em cadeia no sentido de que a aplicação o direito aos casos concretos não se trata de dar continuidade ao que sempre se fez, mas sobretudo de se examinar a decisão correta à melhor luz do direito e considerando o caso em sua irrepetível singularidade, segundo as exigências de justiça, imparcialidade e devido processo.

O argumento de que existe apenas uma resposta correta reflete uma *postura* hermenêutica a ser adotada pelo jurista diante da situação concreta a partir de argumentos de princípios, não podendo ser confundida com um método ou procedimento mecanicista proveniente de um mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta podem ocorrer entre os juízes, advogados e cidadãos em geral.¹⁶¹

A propósito, Souza Cruz esclarece que a resposta correta não se confunde com um consenso ético-substantivo majoritário. Ela está na observância concorrente do *devido processo constitucional* (modelo constitucional de processo), do *princípio da moralidade* (a reciprocidade no igual respeito e consideração) e do *discurso jurídico*.¹⁶²

Considerando que a busca pela resposta correta ao caso concreto constitui um empreendimento semelhante à busca pela verdade moral, Hércules, incorporando de maneira legítima uma comunidade aberta de intérpretes da constituição¹⁶³, representa aquilo que no processo se

¹⁶⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Clube dos Autores, 2011, p. 58.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 81.

¹⁶² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 237.

¹⁶³ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 292.

realiza mediante o contraditório como garantia de influência¹⁶⁴, isto é: uma participação conjunta de todos os sujeitos processuais – juízes, advogados e partes –, os quais estão comprometidos com a construção da decisão correta a partir da apreciação de todos os argumentos apresentados no processo, devendo cada um agir no exercício responsável de sua respectiva função.

Isso quer dizer que, diante da singularidade específica do caso concreto, a aplicação de um princípio sempre considere o seu princípio contrário, configurando uma complexa tensão normativa cuja função precípua seja discernir, nesse caso, as pretensões abusivas das legítimas, pois o significado de cada princípio delimita e conforma o do outro. A busca pela resposta correta para determinado caso pressupõe a sua reconstrução a partir do irrepetível conjunto de fatos que o integram e que deve operar de todas as perspectivas possíveis pelos atores processuais de acordo com as pretensões jurídicas suscitadas de ambos os lados.¹⁶⁵

Resposta aos processualistas brasileiros

Alertou-se no início da exposição da teoria Dworkiana sobre algumas interpretações equivocadas propagadas por teóricos diversos, inclusive processualistas, acerca dessa teoria e que em muito prejudicam sua correta compreensão, razão pela qual devem ser enfrentadas. Muito embora o registro marcadamente literário e metafórico utilizado por Dworkin em seus textos possa diminuir a clareza de suas ideias, isso não nos isenta de fazermos um esforço para tentar compreendê-las à sua melhor luz.

Teresa Arruda Alvim Wambier, respeitada e aclamada processualista brasileira, comete um erro grosseiro ao descrever alguns aspectos da teoria de Dworkin. Segundo ela, Dworkin teria afirmado que, nos casos difíceis, “o juiz cria direito ao decidir, já que, rigorosamente, não aplica uma regra preexistente, mas cria uma regra *para resolver aquele caso*”. Dworkin também teria observado, de acordo com Wambier, que, nesses casos, o juiz “tem de agir como legislador, e usa a expressão *making new law*, exatamente no sentido de criar direito novo”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª edição, 4ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.

¹⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum, 2012, p. 33, 38.

¹⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Cada caso comporta uma única solução correta? In Direito Jurisprudencial*, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1223.

Para embasar a sua descrição da teoria de Dworkin, Wambier cita, em nota de rodapé, um longo trecho extraído dos parágrafos de abertura do artigo *Hard Cases*, que foi incluído na obra *Taking Rights Seriously*. Parte do trecho transcrito, que supostamente embasaria a descrição de Wambier, em tradução livre, diz o seguinte: “Então os juízes devem, algumas vezes, criar direito novo, implícita ou explicitamente. Quando for assim, eles devem agir como legisladores delegados, estabelecendo o direito que o legislador supostamente estabeleceria, caso estivesse diante do problema”¹⁶⁷.

Contudo, Wambier não se atentou para o fato de que, nesse trecho, Dworkin estava se referindo a ideias gerais compartilhadas por algumas sofisticadas teorias da decisão que insistiam (e ainda insistem) em colocar o juiz à sombra do legislador. Um parágrafo abaixo do trecho acima transcrito, Dworkin deixa bastante claro que rejeita esse tipo de teoria da decisão, conforme se verifica do seguinte trecho, também em tradução livre:

“Na verdade, porém, os juízes não são nem devem agir como legisladores delegados, e a pressuposição familiar – de que quando eles vão além de decisões políticas já tomadas por outra pessoa [autoridade] eles estão legislando – induz a erro. Escapa a essa pressuposição a importância de uma fundamental distinção dentro da teoria política, que agora eu irei introduzir de uma forma direta. A distinção entre argumentos de princípio, de um lado, e argumentos de política, de outro.”¹⁶⁸

A partir dessa distinção, Dworkin constrói a sua tese dos direitos – já exposta – para defender que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, são e devem ser tomadas por princípios, e não por políticas como ocorre nas legislaturas. Dworkin rejeita categoricamente a concepção segundo a qual os juízes estariam autorizados a agir como legisladores, conforme equivocadamente descrito por Wambier a partir de uma leitura fragmentada do texto de Dworkin. As decisões judiciais são decisões políticas no sentido mais amplo de que trata a teoria da responsabilidade política, mas os juízes não estão autorizados a criar direitos como se fossem legisladores. Os juízes devem fundamentar as suas decisões em argumentos de

¹⁶⁷ No original: “So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 82.

¹⁶⁸ Tradução livre de: “In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislator, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislating, is misleading. It misses the importance of a fundamental distinction within political theory, which I shall now introduce in a crude form. This is the distinction between arguments of principle on the one hand and arguments of policy on the other.” *Idem. Ibidem*.

princípios, pois o direito como integridade assume que os juízes estão em uma posição muito diferente da dos legisladores¹⁶⁹.

Ao caracterizar os casos difíceis como casos para os quais não exista regra preexistente – hipótese em que os juízes deveriam criar uma nova regra –, Wambier também parece ignorar que, para o modelo de uma comunidade de princípios (Dworkin), os direitos e deveres não se esgotam nas decisões particulares (nas regras), pois dependem de um sistema de princípios que essas decisões pressupõem e corroboram, o que é traduzido na noção de integridade.

Ao final de seu artigo “*Cada caso comporta uma única solução correta?*” – que em um primeiro momento parece assumir uma postura hermenêutica, como faz Dworkin, ao remeter para a famosa tese da única resposta correta do filósofo –, colhe-se o problemático resultado da apressada leitura de Dworkin realizada por Wambier. A partir de uma crítica ao crescente reconhecimento “na função jurisdicional de um *quê* criativo” – criatividade essa que Wambier havia apontado em Dworkin –, a autora diz que se torna cada vez mais perigoso afirmar que cada caso pode comportar mais de uma decisão correta. Contudo, continua a processualista, isso não quer dizer que não se reconheçam diferentes pontos de vista, diferentes decisões possíveis, fenômeno esse que não interessaria ao direito (por que não?), e sim à sociologia, de modo que uma decisão não deve prevalecer em detrimento das demais, mas uma delas deverá ser *considerada* como a única correta mediante a técnica de uniformização.

Essa conclusão é problemática por três motivos: primeiro, porque a autora se abstém de opinar quanto à discricionariedade judicial (porque diz ser um problema da sociologia) que, engendrando no imaginário jurídico a possibilidade de múltiplas respostas para um mesmo caso, ainda ameaça a democracia brasileira; segundo, porque não é útil nem fornece qualquer técnica, mecanismo, filtro ou razão que sirva ao propósito de controlar a legitimidade das decisões judiciais – a solução ofertada é excessivamente simplista: entregar para as cortes de vértice a função de uniformização da jurisprudência para a “fixação” de conceitos e ponto final; e terceiro, porque – trilhando, ainda que de forma inconsciente, o caminho positivista –, reduz o direito à autoridade dos tribunais responsáveis pela uniformização: correta é a decisão considerada correta – Para onde essa solução nos leva? Considerada correta por quem e para quem? Onde está o elemento hermenêutico? A *accountability*? A recondução à integridade?

Por sua vez, André Cordeiro Leal afirma que o juiz Hércules “ultrapassa o mero esforço ilustrativo, porque concentra excessiva importância no ato decisório”, o que caracterizaria um solipsismo judicial e desconsideraria “o papel da contribuição argumentativa das partes nos

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 244.

procedimentos judiciais”¹⁷⁰. De início, essa interpretação se equivoca por ignorar a objeção liminar suscitada pelo próprio Dworkin, no capítulo introdutório de *Law's Empire*.

A teoria do direito desenvolvida pelo filósofo é uma teoria sobre a divergência teórica e sobre os fundamentos do direito. Isso o fez optar – de forma absolutamente consciente e aberta – por uma limitação de seu projeto à prática judiciária, a fim de que pudesse melhor se concentrar na decisão judicial e nos juízes. Mas Dworkin afirma categoricamente que estes, os juízes, não são os únicos nem os mais importantes atores no “drama jurídico”, reconhecendo que um estudo mais completo da prática jurídica levaria em consideração muitos outros atores e elementos. Dworkin não desconhece que os cidadãos, os políticos e os acadêmicos também se preocupam com o direito e o discutem a partir de diferentes perspectivas que também poderiam ter sido adotadas como paradigma em sua obra, ao contrário das do juiz. Contudo, a estrutura do argumento judicial mais explícita e o fato de o raciocínio judicial influenciar as demais formas de discurso jurídico de maneira não totalmente recíproca fizeram com que Dworkin preferisse o paradigma do juiz.¹⁷¹

Também se chama a atenção para o fato de que um dos pontos mais básicos na teoria de Dworkin é a sua concepção do direito como uma prática argumentativa, a qual é incompatível com o solipsismo que Leal tenta imputar a Dworkin. Além disso, o sentido dessa prática depende de os seus participantes (os profissionais do direito, as autoridades públicas e a sociedade civil) se mobilizarem para discutir as suas proposições. O juiz Hércules – que, repita-se, é uma grande metáfora contrafática – apenas reflete a opção de Dworkin por adotar como ponto inicial de sua fala a perspectiva judicial, a fim de otimizar a comunicabilidade de seus argumentos e de suas críticas ao realismo e ao positivismo jurídico.

A propósito, outro motivo para Dworkin ter se concentrado na análise da atividade judicial e no juiz consiste no fato de que uma de suas grandes críticas é contra o poder discricionário, este sim prejudicial à contribuição argumentativa das partes, uma vez que o exercício do poder discricionário pressupõe que o ato de decidir constitui um ato de vontade que escapa aos mecanismos de fiscalização do ato decisório.

Ao contrário do que Leal afirma, Streck esclarece que “uma leitura apressada de Dworkin” dá a equivocada impressão de que Hércules seria o portador de uma “subjetividade assujeitadora” (solipsismo). Na verdade, Dworkin busca controlar esse subjetivismo a partir da

¹⁷⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 61.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 11-15.

tradição, do círculo hermenêutico e do respeito à integridade e à coerência do direito.¹⁷² Hércules não está sozinho¹⁷³: é seu dever decidir a partir de um franco diálogo com a história institucional de uma comunidade de princípios integrada pela constituição, pelas leis e pelos precedentes.

Existe uma constante necessidade de diálogo entre Hércules e os diversos atores do Estado Democrático de Direito que participaram (e participam) da construção dessa história institucional, cuja legitimidade está condicionada à observância da cláusula do devido processo (legislativo e judicial). Isso inclui o necessário respeito ao contraditório como garantia de influência e não-surpresa e a utilização de espaços de participação que viabilizem consensos procedimentais. Caso Hércules desconsiderasse algum elemento dessa complexa equação social, colocaria em risco a legitimidade do futuro da história institucional.

Finalmente, Fredie Didier Jr.¹⁷⁴, comentando o art. 926, do CPC/15, rejeita que o dever de integridade ali previsto seja interpretado exclusivamente à luz da filosofia Dworkiniana. O problema não é querer buscar outras fontes teóricas para se interpretar o dispositivo, mas, sim, que se rejeita a filosofia de Dworkin porque o filósofo partiria da premissa de que existe apenas uma resposta correta. Entretanto, a interpretação, por ser essencialmente uma atividade de recriação e de escolha de significado, não seria compatível com essa premissa, além de não se resolver o problema dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais.

Em que pesem as valiosas contribuições do processualista baiano para o sistema processual brasileiro, ele não compreendeu a teoria de Dworkin e formula as suas críticas de forma temerária. Isso se agrava considerando o alto apreço que ele tem na comunidade jurídica pátria, em especial na graduação dos Cursos de Direito, incorrendo no risco de contribuir na formação de bacharéis com pré-compreensões igualmente equivocadas sobre a teoria de Dworkin, cuja filosofia é um rico manancial em exploração e ainda a ser explorado.

Realmente, Dworkin sustenta a tese da única resposta correta, mas Didier já se equivoca ao caracterizar essa tese como uma “premissa teórica”, pois premissa significa o ponto de início de construção de uma sequência de ideias. Como visto, a tese da resposta correta é a consequência de uma série de compromissos e argumentos morais sustentados por Dworkin para combater o positivismo, o ceticismo e o poder discricionário, e não o seu ponto de partida. Didier inverteu a ordem das coisas, o que revela uma falha estrutural em sua crítica.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 109.

¹⁷³ PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Clube dos Autores, 2011, p. 75.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 2015, p. 484.

A postura cética de Didier poderia ser enfrentada a partir do argumento geral de Dworkin ao ceticismo interno: os céticos internos, que tanto ridicularizam a possibilidade de uma verdade na moral, ainda não apresentaram um argumento em favor do relativismo que defendem – mas desconstruir a crítica de Didier por esse caminho seria muito fácil.

Didier coloca o “problema” das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados como não resolvidos pela teoria de Dworkin. Esse “problema” interpretativo é uma realidade que o positivismo jurídico clássico ignorou ao pressuposto de que os termos claros da lei seriam suficientes para conferir a segurança jurídica em sua perspectiva de absoluta certeza normativa. Se por resolver o “problema” das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados Didier sugere um resgate ao exegetismo, que foi o último paradigma filosófico-jurídico a ter essa pretensão, então temos um impasse, pois Didier não parece sustentar isso em suas obras, o que seria, por sinal, um imenso retrocesso hermenêutico.

A partir do positivismo Kelseniano e, sobretudo, Hartiano, o “problema” da textura aberta da linguagem começou a ser reconhecido no direito, mas enfrentado sob uma perspectiva solipsista, anti-hermenêutica e anti-democrática: a discricionariedade judicial. A teoria de Dworkin vem ao propósito de combater essa discricionariedade a partir da virtude da integridade, a qual propõe que os argumentos jurídicos devem estar conectados a uma rede maior de princípios fundamentais. É importante perceber que a tese da única resposta correta está unilateralmente relacionada à teoria da integridade de Dworkin, e seria intelectualmente uma irresponsabilidade pretender assumir um (a integridade) sem o outro (a tese da resposta correta) – pelo menos sob a perspectiva Dworkiana.

Entender – como Didier entende – que a interpretação é um ato de vontade no contexto jurídico equivale a aceitar o poder discricionário, pois foi Kelsen quem sustentou que a decisão judicial é um ato de vontade. Ora, mas se Didier afirma que “o dever de integridade impede o *voluntarismo* [sistema filosófico que afirma a prevalência da vontade] *judicial* e argumentações arbitrárias”¹⁷⁵, como conciliar isso com a sua outra afirmação, a de que a interpretação seria essencialmente um ato de vontade¹⁷⁶? Ou a integridade, no sentido utilizado por Dworkin, combate o voluntarismo – com a carga teórica do positivismo que lhe é acessória –, ou a interpretação é um ato de vontade. Essas proposições são mutuamente excludentes, e Didier parece não se decidir entre uma e outra.

¹⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais*. In *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 395.

¹⁷⁶ *Idem*. *Ibidem*.

Frise-se que a crítica ao positivismo jurídico e à discricionariedade não é uma “proibição de interpretar”. Não é novidade alguma afirmar que os textos jurídicos, compostos por regras e princípios estabelecidos ou reconduzíveis à Constituição, contêm vagezas e ambiguidades, ou que os princípios podem ter – quase sempre têm – um caráter aberto. Interpretar é dar sentido. A “concretização” desses textos não depende da subjetividade do intérprete como se o sentido a ser atribuído ao texto fosse fruto de sua vontade assujeitadora, nem os juízes são legisladores para (re)criarem o direito.¹⁷⁷

Não bastassem essas questões, a rejeição de Didier a Dworkin está amparada em uma compreensão rasa acerca da tese da única resposta correta. Dworkin se dedicou por décadas ao estudo do direito norte-americano, que é tão ou mais complexo do que o direito brasileiro e, certamente, contém diversas questões jurídicas e morais profundamente controversas. Seria uma ignorância – ou, pelo menos, uma ingenuidade inescusável – crer que a tese da única resposta correta implicaria que todos os juízes chegassem à mesma conclusão, pois as controvérsias existem e devem ser enfrentadas argumentativamente.

Meyer, com base em Habermas, afirma que as indeterminações internas do direito são antes fruto do fracasso dos juízes em desenvolver uma boa teoria política – a responsabilidade política defendida por Dworkin – e de uma história institucional que escapa à reconstrução racional do que propriamente um problema estrutural do direito¹⁷⁸. Marcelo Cattoni relembra que a tese da única resposta correta é uma questão de postura hermenêutica, autorreflexiva, crítica, construtiva e fraterna, à luz do direito como integridade.¹⁷⁹ No mesmo sentido do argumento da postura hermenêutica, Carvalho Netto e Scotti sustentam que a tese da resposta correta não pode ser compreendida como um método ou procedimento mecanicista proveniente de um mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas¹⁸⁰, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta podem ocorrer entre os juízes, advogados e cidadãos¹⁸¹.

A tese da resposta correta entendida como uma postura hermenêutica viabiliza a possibilidade de um melhor delineamento das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados –

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 107.

¹⁷⁸ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 286.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?* In Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009, p. 92.

¹⁸⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2012, p. 55-56.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978, p. 81.

cuja existência Didier utiliza para criticar Dworkin –, pois a integridade Dworkiana desempenha uma função contrafática para que o conteúdo dessas cláusulas e conceitos não seja preenchido de forma solipsista, mas, sim, de forma participada e aberta hermeneuticamente à história institucional do direito. Embora o conteúdo do direito possa ser indeterminado em abstrato, ele é absolutamente determinável em concreto, desde que aceite o pressuposto hermenêutico de que as normas positivadas encontram-se abertas à (re)construção intersubjetiva (metáfora de Hércules).

– TERCEIRO CAPÍTULO –
A DOCTRINA DO PRECEDENTE JUDICIAL

As palavras não são sinônimas de si mesmas: se a palavra não tem um sentido determinado e preciso, se não tem apenas um significado, ou se significa tudo, acaba não significando nada. A palavra não é solitária, é solidária – está ligada às outras. A palavra “precedente” está imersa em uma teia de múltiplos significados e é profundamente relacionada a tantas outras palavras cujo significado depende do local da fala, de um paradigma, justificando uma reconstrução de sentido à luz de certos conceitos.

Um precedente é um evento passado, mas não qualquer evento. Muito daquilo que fazemos rapidamente cai no esquecimento, perde o significado ou simplesmente não fornece uma razão para depois agirmos de determinada forma, tornando-se irrelevante para o futuro. Podemos encontrar em uma experiência passada uma razão para orientarmos a nossa ação presente de acordo com o resultado positivo ou negativo dessa experiência, a exemplo de quando evitamos tocar uma barra de ferro aquecida porque sabemos que o seu calor nos causará dor, ou quando repetimos a porção de um sorvete que achamos gostoso.

No contexto jurídico, podem ser atribuídos ao precedente múltiplos significados: uma decisão ou um conjunto de decisões, sem muitas considerações de ordem técnica; o resultado de um julgamento ao qual se atribuiu algum significado; ou para representar, de forma mais abrangente, uma norma jurídica contida em uma decisão proferida em determinado caso¹⁸². Apesar de todos esses significados, permanece a questão: o que é o precedente judicial?

Entender o precedente requer uma explicação especial de como o passado e o presente se relacionam. Quando os juízes se orientam de acordo com um precedente judicial, quer dizer que eles identificaram (ou pelo menos é isso o que devem fazer) nesse precedente uma razão autoritativa para decidir em determinado sentido, ainda que possam não concordar com os seus fundamentos.

Nunca houve nos países de *common law* uma regra explícita determinando aos juízes observarem os precedentes, e a doutrina estrangeira reconhece certa dificuldade em precisar quando as cortes inglesas realmente começaram a se sentir constrangidas a segui-los. Na Idade Média, por volta do século XII, o precedente significava apenas o resultado de determinado julgamento e desconheciam-se as razões e argumentos que informavam cada um dos casos.

¹⁸² MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 503.

Ainda que as cortes eventualmente seguissem algum ‘precedente’, ninguém realmente acreditava que ele tinha alguma força normativa, porque o seu conteúdo era inacessível. Apenas no século XVI, quando surgiram as primeiras grandes compilações com julgados ilustrativos das mais diversas questões jurídicas,¹⁸³ é que o termo ‘precedente’ começou a assumir os seus contornos modernos, havendo registros históricos que apontam que em 1557¹⁸⁴ teria sido utilizado pela primeira vez em uma acepção mais técnica.

A doutrina que se formou sobre o precedente marcou profundamente a história do *common law*, que no início caracterizou-se por ser um sistema jurídico aberto ao exterior e cujas fontes se comunicavam com o *civil law*. Especialmente nos séculos XVI a XVIII, período de formação do Estado Nacional Moderno, a Europa como um todo concebia um direito cosmopolita e jurisprudencial, isto é, um direito que era buscado na autoridade de um soberano e também na racionalidade e nos princípios sobre os quais se pudessem formar juízos universais e consensuais entre os tribunais supremos.

Há pelo menos três grandes fases de contato entre a experiência jurídica inglesa e a continental: a primeira, no período formativo do *common law* (séculos XI ao XV); a segunda, no período de expansão das dinastias Tudor e Stuart das jurisdições especiais instituídas como emanção direta da ‘prerrogativa real’ (século XVI até meados do século XVII); e a terceira, no período de afirmação da Inglaterra como potência econômica (século XVIII), com a intensificação do comércio e do tráfego marítimo. No transcorrer desses séculos, o direito sofreu a influência da moral cristã e, no plano filosófico, dos ideais renascentistas (individualismo e liberalismo), e soluções jurídicas muito próximas a problemas comuns eram dadas com base nos mesmos princípios de justiça, ainda que por países de tradições diferentes.¹⁸⁵

Uma das grandes pretensões cosmopolitas para o direito era sua uniformização como estratégia para a consolidação do Estado Moderno (século XVI ao XVIII). Nessa época, a atividade jurídica foi exercida quase que exclusivamente pelos grandes tribunais, e a jurisprudência veio a ser reconhecida como importante fonte do direito. Duas eram as vias para a consecução do objetivo uniformizador: a primeira, de pouca praticidade, consistia em concentrar toda a atividade interpretativa em uma única instituição; a segunda, mais factível, era atribuir força normativa aos precedentes dos tribunais supremos (de *civil law*, inclusive), a exemplo das decisões da *Rota Senese*, *Fiorentina* ou *Luchese* (século XVII), da *Sacra Rota* (final do

¹⁸³ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 32-35.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 43.

¹⁸⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 20, 285-302.

século XVI e início do século XVII), da Suprema Corte do Reino de Nápoles (séculos XV e XVI), e dos *Senati* dos Estados Sardos (séculos XVIII e início do século XIX).¹⁸⁶

Por outro lado, ao longo do século XIX, o direito passou por uma fase de declínio e eclipse que coincide com o positivismo jurídico, no qual se acentuaram as diferenças entre o *civil law* e o *common law*. Essas diferenças são caricaturizadas no clichê de que aquele primeiro seria inteiramente codificado, e o último, jurisprudencial. Contudo, uma análise mais profunda dessa relação revela, por exemplo, que o decisionismo Kelseniano em muito se aproximava do realismo jurídico norte-americano e inglês que influenciaram algumas vertentes da teoria do precedente,¹⁸⁷ além de constituir uma grosseira redução do *common law* a um instituto jurídico que caracteriza apenas a sua superfície¹⁸⁸.

A doutrina do precedente também se entrelaça com a disputa entre as teorias declaratória e positivista da atividade judicial, assim também com a evolução da doutrina do *stare decisis*, que em sua acepção técnica busca distinguir, no precedente, sua *ratio decidendi* do *obiter dictum*, para explicar a força vinculante de seu elemento normativo.

A questão da *ratio* é uma das mais problemáticas da doutrina do *stare decisis*, pois, de acordo com Chiassoni, as controvérsias que caracterizam o conceito são atribuíveis a diversos fatores, tais como sua natureza, sua relevância e suas diferentes concepções. A *ratio decidendi* pode ser enunciada como o elemento da motivação que constitui a premissa necessária; o princípio jurídico suficiente para decidir o caso; a argumentação necessária ou suficiente para se decidir; a norma que constitui, alternativamente, a condição necessária e suficiente, ou a condição não necessária mas suficiente, ou, ainda, uma condição necessária mas não suficiente de determinada decisão; a norma estabelecida para os fatos da causa, à luz de uma análise textual; a norma estabelecida para os fatos da causa que o juiz declara ter expressamente seguido; a norma expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como necessária para decidir o caso; a norma para os fatos relevantes que o juiz deve ter estabelecido; a norma para os fatos relevantes da causa que, segundo um juiz sucessivo, o juiz que julgou a causa acreditou ter estabelecido; a norma para os fatos relevantes da causa efetivamente estabelecida pelo juiz, assim considerada por um juiz sucessivo; ou a norma para os fatos relevantes da causa que,

¹⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 78-80.

¹⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 93-95.

¹⁸⁸ SILVA, Diogo Bacha e. *A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law*. In *Direito Jurisprudencial*, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 475.

segundo a opinião dos juristas, o juiz posterior tenha de considerar como estabelecida ou seguida por um juiz precedente.¹⁸⁹

Esse brevíssimo retrospecto histórico de alguns aspectos da doutrina do precedente serve ao propósito de apresentar a complexidade do tema e a inexistência de uma doutrina uniforme e prontamente à disposição do intérprete e do jurista. Entender o precedente judicial exige reconstrução histórica e, sobretudo, compreender que ele é formado por palavras que constituem um texto aberto à interpretação¹⁹⁰ cujo significado depende de uma postura interpretativa que varia de acordo com o paradigma adotado.

No Brasil, já há algum tempo, vem-se sustentando uma mixagem teórica entre o *civil law* e o *common law*¹⁹¹, uma espécie de convergência sistêmica¹⁹², especialmente após a atribuição de eficácia vinculante às decisões do STF proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a criação das súmulas vinculantes¹⁹³ e as reformas processuais que criaram as técnicas de julgamento de recursos por amostragem, bem como a teorização da objetivação do controle difuso de constitucionalidade.¹⁹⁴

Esse discurso ganhou mais força com a entrada em vigor do CPC/15, cuja grande novidade teria sido a normatização de um sistema de precedentes¹⁹⁵ com a finalidade de se abrevi-

¹⁸⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *The role of precedents as a filter for argumentation*. In: On the philosophy of precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012, p. 17-18.

¹⁹⁰ ITURRALDE, Victoria. *Precedent as Subject of Interpretation (a Civil Law Perspective)*. In: On the philosophy of precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012, p. 105.

¹⁹¹ ZANETI JR., Hermes. Brasil: *Um País de “Common Law”?* As Tradições Jurídicas de “Common Law” e “Civil Law” e a Experiência da Constituição Brasileira como Constitucionalismo Híbrido. In: Fredie Didier Jr; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto Campos Gouveia Filho. (Org.). Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 428-431.

¹⁹² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 146.

¹⁹³ MARINONI, Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-77. Cf. também: “o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol. 1, 18^a ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 60.

¹⁹⁴ A título ilustrativo, no Editorial nº 49 (<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>), verifica-se que, em 2008, Fredie Didier Jr. afirmava que a “força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a jurisprudência dominante (art. 557, CPC), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1o, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88)”. Cf. também: ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador, Editora Jus Podivm, 2015, p. 192. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 189. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo Código de Processo Civil*. In: Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 338-339.

¹⁹⁵ SOARES, Fabiana de Menezes Soares; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Fontes do direito e circulação de modelos jurídicos: o sistema de precedentes na common law e no novo código de processo civil*.

ar o tempo de duração dos processos judiciais,¹⁹⁶ havendo que se formular uma teoria do *stare decisis* brasileira¹⁹⁷ porque na tradição pátria de *civil law* constatar-se-ia a ausência de uma cultura que permita a correta compreensão de institutos do *common law*¹⁹⁸ necessária à consolidação de um sistema coeso, estável e harmônico que a profusão de artigos doutrinários sobre o tema tanto proclama.

A pergunta que se faz é: como o ordenamento jurídico brasileiro sobreviveu sem uma teoria dos precedentes judiciais por mais de um século? Afinal, que os tribunais uniformizem a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente é o mínimo que se espera¹⁹⁹. Por outro lado, uma análise da prática judiciária pátria revela um preocupante grau de dispersão de entendimentos dos tribunais e uma sobrecarga gigantesca de processos pendentes de decisão final. Mas seria a ausência do *common law* e do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro por tantas décadas na história da República a causa desse fenômeno? E mais: o precedente judicial – com as históricas disputas teóricas sobre o seu significado – é o instrumento correto para enfrentar esses problemas brasileiros?

Por que se afirma que o CPC/15 “normatizou um sistema de precedentes judiciais” quando os institutos de direito jurisprudencial nele previstos – controle de constitucionalidade, repercussão geral, técnica de julgamentos de casos por amostragem e súmulas – lhe são majoritariamente preexistentes? Esses institutos processuais se assemelham ao precedente judicial do *common law*? Precisamos de uma teoria do precedente judicial? O CPC/15 inovou em alguma coisa? Essas e outras perguntas são o tema desse e do próximo capítulo.

O necessário excursão histórico

O marco inicial para a formação do direito inglês e do *common law* é o ano de 1066, quando os Normandos conquistaram a Inglaterra e foi estabelecido o feudalismo. Em uma

In Eficiência, eficácia e efetividade: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil. Org. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Mônica Sette Lopes e Camila Silva Nicácio. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 8.

¹⁹⁶ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 425.

¹⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. *A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 461.

¹⁹⁸ FRANCO, Marcelo Veiga. *A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 521.

¹⁹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 454.

primeira fase, o povo vivia em meio a grave insegurança jurídica, pois os costumes eram a principal fonte do direito e havia uma multiplicidade de competências gerada pela preservação das cortes locais anglo-saxãs concomitantemente à criação das cortes que tratavam dos assuntos da coroa.²⁰⁰

A criação da Corte de Westminster (Corte Real) representou um movimento de centralização empreendido pelos reis Henry I e II de grande importância para o desenvolvimento do *common law*. Posteriormente, a Corte sofreu ramificações para sua melhor governabilidade, com a criação de um departamento de finanças, do Parlamento, do Conselho e dos tribunais (*Court of Common Pleas* e *Court of King's Bench*).

Aos poucos e por pequenas e contínuas opções históricas, os costumes locais foram substituídos por um direito comum da Inglaterra, o *common law*, de modo que no século XII já existiam diversas decisões judiciais que constituíam um vasto e complexo sistema jurídico construído mediante a criatividade jurisprudencial, muito embora existissem problemas quanto ao acesso a esses precedentes e aos seus fundamentos.

O *status* do precedente na Inglaterra começou a se alterar na segunda metade do século XVI, no início da Era Tudor, quando a estrutura do processo passou a exigir dos julgamentos fundamentação racional obrigatória. No último quarto do século XIX, a organização judiciária também foi profundamente modificada pelos *Judicature Acts*, que suprimiram as distinções formais dos tribunais de *common law* e de *equity*²⁰¹ e unificaram todas as cortes existentes na Suprema Corte (*Supreme Court of Judicature*), com uma complexa estrutura hierarquizada.²⁰²

Até essa época, a tendência era que as cortes tratassem o precedente como um mero argumento de suporte, mas a crescente popularização das compilações jurisprudenciais (*reports*) – como as de Sir Edward Coke e de William Blackstone – durante o período contribuiu para a emergência do *case law* como fonte de autoridade, pois nelas estavam descritas diversas decisões cujos fundamentos tornavam-se mais importantes do que as opiniões particulares de cada juiz no caso concreto²⁰³.

Contudo, foi apenas no século XIX que a doutrina do *stare decisis* começou a ser ensaiada, com a atribuição de eficácia normativa ao precedente judicial. A partir de 1898, as decisões da *House of Lords* tornaram-se horizontalmente vinculantes em grau extremo, não se

²⁰⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 286.

²⁰¹ A *equity* era formada por um conjunto de soluções outorgadas pelo Chanceler para complementar e até mesmo rever decisões de *common law*, que na época eram insuficientes, defeituosas e muitas vezes conduzia a um desfecho injusto para o caso.

²⁰² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 300.

²⁰³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 33-34.

admitindo sequer o *overruling* (talvez porque se preferisse que os erros do Judiciário fossem corrigidos pelo Parlamento), até que o *Practice Statement* passou a admiti-lo em 1966 por razões de justiça. Mas qual a razão desse deslocamento do precedente judicial da periferia do direito inglês para o seu núcleo?

Na tradição de *common law*, há muito já se percebeu a importância de se conferir a devida publicidade às decisões judiciais e, sobretudo, aos seus fundamentos²⁰⁴. Embora já existissem compilações de decisões nos séculos anteriores, apenas no século XVIII elas deixaram de ser privadas e elaboradas por pessoas que assistiam aos julgamentos para tornarem-se, paulatinamente, uma tarefa pública dos próprios tribunais com a participação de agentes autorizados (*authorized reports*). Isso em muito contribuiu para o prestígio dessas compilações e, conseqüentemente, para o acesso às decisões anteriores como fontes normativas autoritativas.²⁰⁵

Também se poderia argumentar que o *stare decisis* promove a consistência, a segurança e a eficiência jurídicas, mas isso traz outro questionamento: se o *stare decisis* traz mesmo esses benefícios, por que ele já não fazia parte do sistema? Ainda que durante a época medieval os juristas não argumentassem que os precedentes eram vinculantes, isso não os impedia de querer que casos iguais fossem tratados de forma semelhante. Talvez os ingleses apenas tenham percebido suas virtudes quando a prática de seguir o precedente foi estabelecida de forma mais explícita, ou a lentidão do desenvolvimento da doutrina do precedente tenha dificultado, até certa época, a identificação dos benefícios do *stare decisis*.

Na verdade, há uma reconhecida dificuldade em se afirmar que a doutrina do precedente tenha surgido na época em que surgiu por causa dessas virtudes. Duxbury comenta que alguns juristas relacionam o advento do positivismo clássico ao estabelecimento da doutrina do *stare decisis*, mas isso pode soar contraditório porque os juízes não seguiam o precedente com medo de que lhes fosse imposta uma sanção caso não o seguissem. Os juízes simplesmente consideravam a prática correta, tradição essa de cunho moral que se mantém até hoje²⁰⁶ e que

²⁰⁴ NUNES, Dierle; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015*. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 82, n. 3, São Paulo: Lex Magister, jul/set 2016, p. 94.

²⁰⁵ HOLDSWORTH, William. *A history of English Law*. London: Sweet & Maxwell, 1927.

²⁰⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom. In Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 327.

denota um senso de coletividade,²⁰⁷ dispensando a existência de qualquer norma escrita que atribuísse força normativa ao precedente judicial.

Existem alguns indícios e suposições teóricas favoráveis a que o positivismo clássico tenha de alguma forma contribuído para a consolidação do *stare decisis*: primeiro, o positivismo analítico de Bentham e Austin favoreceu que os juristas aprendessem a identificar regras jurídicas ainda que não formalmente estabelecidas como tais, a exemplo do precedente; segundo, esses autores reconheciam que, na prática, os juízes não eram simples boca-da-lei e exerciam efetiva atividade criativa do direito, o que contribuiu para a superação da teoria declaratória (que antecedeu a positivista) porque esta era falha ao admitir que o direito novo (a decisão judicial) fosse aplicado retroativamente a fatos ocorridos preteritamente como se se estivesse apenas “descobrimo” o direito aplicável; terceiro, o poder soberano tacitamente comandaria que as pessoas observassem aquilo que as cortes – como extensões desse poder – censuram mediante a imposição de uma sanção, prevalecendo as decisões das cortes superiores sobre as das inferiores; e quarto, partindo-se de uma perspectiva Hobbesiana, os precedentes não incorporam apenas os comandos tácitos do soberano, mas também as razões que esse soberano teria argumentado fosse ele a decidir o caso.²⁰⁸

Bustamante concorda que a ascensão das teorias positivistas de Bentham e Austin foi uma relevante *causa intelectual* para a mudança de atitude em relação ao precedente judicial, muito embora não tenha sido a única. O mérito dessas teorias foi desconstruir a infantil ficção de que, ao decidir, o juiz declararia e exporia as regras jurídicas existentes, o que apenas camuflaria o arbítrio judicial e encobriria as fronteiras de criação dos juízes.²⁰⁹ Nesse mesmo sentido, Lundmark sustenta que os três fatores primordiais para o desenvolvimento da doutrina do precedente foram a reforma promovida em 1876 (*Judicature Acts*), a profissionalização da publicação das compilações jurisprudenciais e o positivismo jurídico²¹⁰.

Por outro lado, a dominação da teoria do precedente pelo positivismo decimonônico radical criou o espaço propício para que, por um longo período, predominassem concepções que não admitiam a possibilidade de erros judiciais, ou que os juízes tampouco poderiam se desvincular de precedentes injustos ou manifestamente irracionais, o que era admitido pelas teorias anteriores: o juiz tornou-se um escravo do passado e um déspota para o futuro.

²⁰⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. *Por que os juízes (no common law) se sentem obrigados a seguir precedentes?* In *Direito Jurisprudencial*, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 507.

²⁰⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 37-47.

²⁰⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 89-90.

²¹⁰ LUNDMARK, Thomas. *Charting the divide between common and civil law*. Oxford University Press: Oxford, 2012, p. 348.

Por outro lado, mesmo durante os primeiros anos de desenvolvimento da doutrina do precedente (a partir do século XVI), parece que os juízes e juristas tinham uma visão mais realista – e, portanto, menos romântica – da teoria declaratória, reconhecendo que o *common law* era antes criado pelos primeiros do que meramente descoberto ou declarado. Independentemente da concepção adotada – declaratória ou constitutiva da atividade judicial –, era praticamente um consenso que a melhor forma de contribuir para o desenvolvimento e modificação do *common law* seria decidindo disputas reais e concretas, e não a partir de especulações abstratas sobre atos, eventos e controvérsias sobre os quais o direito deveria se aplicar (*civil law*).²¹¹

Nos Estados Unidos, o *stare decisis* integra o sistema jurídico desde antes da Revolução de Independência no final do século XVIII, pois as primeiras cortes das colônias, perfilhando a tradição inglesa, respeitavam os precedentes por uma exigência moral, e não porque havia uma regra escrita nesse sentido.²¹² No período pré-independência norte-americana, os primeiros núcleos de população inglesa nas treze colônias eram submetidas ao *common law* inglês²¹³. A restrição era a de que sua aplicabilidade estava condicionada à adequação às condições de vida nessas colônias²¹⁴, cujos problemas eram tão novos que muitas vezes não encontravam parâmetro em um direito formado no velho continente, o que motivou um peculiar movimento de codificação sumária em algumas dessas colônias²¹⁵.

Entretanto, as concepções norte-americanas e inglesas acerca do *common law* se diferiram, porque nos EUA os juristas, que reconheciam no direito e no precedente uma função de limitação do Governo a partir da garantia das liberdades públicas contra o absolutismo real, preferiram seguir os teóricos clássicos da doutrina declaratória, a exemplo de Coke e Blackstone, enquanto os ingleses gradualmente incorporaram as ideias de Hobbes e de seu discípulo, Bentham, para quem o direito seria um comando dirigido ao súdito formalmente obrigado a obedecer.²¹⁶

²¹¹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 110.

²¹² SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 355, 371.

²¹³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 359-360.

²¹⁴ BERMAN, Harold J. *O fundamento histórico do direito americano*. In *Aspectos do Direito Americano*. Trad. de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion, Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 17.

²¹⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. *O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 33.

²¹⁶ SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, nº 1, 2006, p. 3.

Com a independência dos Estados Unidos em 1776, gradualmente crescia na população a ideia de autonomia do direito americano, que antes aceitava a aplicabilidade de muitas leis e precedentes ingleses. Contudo, o ideal republicano e as ideias iluministas compartilhadas com a França criaram uma forte tensão entre os defensores do *common law* e os da codificação: houve diversas comissões legislativas que propuseram a redação de códigos, alguns Estados proibiram a citação de decisões inglesas (em especial New Orleans) ou aplicavam o direito francês e até mesmo o espanhol.²¹⁷

Triunfou o *common law*, o que se explica pelo compartilhamento da língua inglesa, o povoamento das primeiras colônias pelos ingleses e a influência de grandes obras jurídicas que aceitavam o *common law*. Mas o direito inglês aplicado nos Estados Unidos foi o que se desenvolveu até o da independência norte-americana, em razão das diferenças geográficas, históricas, políticas, econômicas e sociais existentes entre ambos esses países. Apesar disso, as reformas estruturais posteriormente realizadas na Inglaterra influenciaram o direito norte-americano, e os princípios do *common law* foram e continuaram sendo aceitos.

Diferentemente dos ingleses, prevaleceu entre os norte-americanos a antiga concepção dos precedentes como incorporações da razão e da experiência, evitando uma rígida doutrina do *stare decisis* em casos particulares. Realmente, nos Estados Unidos essa doutrina não funcionou nas mesmas condições e não tiveram o mesmo rigor da Inglaterra, pois ao mesmo tempo em que se reconhecia a necessidade de se promover a segurança jurídica, havia uma preocupação em se evitar o surgimento de diferenças irreduzíveis em um País de proporções continentais, considerando a existência de uma jurisdição federal e de cinquenta jurisdições estaduais.

Posteriormente, o pragmatismo e o realismo jurídico ganharam força, e o direito passou a ser percebido como criação dos juízes. O realismo jurídico pode ser encarado como fruto de uma crise no *case law* norte-americano e sua ideia central é a de que o direito não é algo lógico – é dinâmico e fruto da experiência. Ao longo do século XIX, houve um grande silêncio legislativo do Congresso sobre importantes matérias de direito civil, que foram delegadas para os Estados-membros regularem. Com isso, as legislaturas desempenharam um papel bastante reduzido na criação do direito e, quando muito, apenas intervinham para direcionar a atividade jurisdicional.

Mas permanecia a difícil tarefa de desenvolver e industrializar um país de proporções continentais, e o ordenamento jurídico dos Estados Unidos ainda não tinha uma resposta pron-

²¹⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 361-362.

ta para muitas questões, porque elas simplesmente não haviam sido suscitadas em juízo. Inexistente um conjunto organizado de precedentes (e as leis em muitas áreas eram escassas), rapidamente ocorreu uma proliferação de decisões judiciais. Se antes o *case law* era bastante funcional porque havia, comparativamente, poucos precedentes para estudar e com os quais operar, depois veio a se tornar praticamente impossível conhecê-los todos e utilizá-los de maneira adequada. O realismo jurídico (que adota uma perspectiva empírica cética) foi engendrado nesse cenário de descrença no sistema de precedentes e de ausência de sua adequada publicização, levando os seus adeptos a sustentarem que o importante seria apenas o caso em análise, e não os casos passados: a decisão seria fruto da mente de cada juiz, cujas razões, não raro, eram obscuras e misteriosas – às vezes até mesmo para eles próprios (pré-compreensões inconscientes).²¹⁸

É do realismo jurídico, mais especificamente de Jerome Frank e de Joseph Hutcheson, a assertiva de que os juízes antes intuem a decisão correta e apenas depois consultam o direito aplicável ao caso para “fundamentar” a decisão “intuída” pelo juiz²¹⁹. Essa perspectiva se traduz na caricata imagem de que o humor do juiz é um reflexo do que ele tomou no café da manhã, o que quer dizer, na verdade, que as preferências político-sociais e a personalidade do juiz, assim como suas impressões sobre os advogados e as partes, incluídas aqui as suas opiniões sobre gênero, etnia, sexualidade, religião e aparência estética, têm um importante peso no momento decisório.²²⁰

No realismo, há apenas uma aparente preocupação em justificar as decisões com base na Constituição, nas leis ou nos precedentes, pois os realistas acreditam que para a grande maioria dos casos há fontes jurídicas contrastantes igualmente fortes a favor de cada uma das partes, cabendo ao juiz decidir discricionariamente e com uma postura consequencialista²²¹. O viés nominalista – percepção do mundo a partir de categorizações determinadas culturalmente – do realismo jurídico influenciou os seus adeptos a perceberem o precedente como eventos

²¹⁸ GILMORE, Grant. *Legal Realism: Its cause and cure*. Faculty Scholarship Series, Paper 2680, vol. 70, number 7, jun/1961, *passim*.

²¹⁹ Com esse mesmo tipo de postura, confira-se o seguinte trecho, extraído do discurso proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no dia 17 de junho de 2010, durante uma solenidade para homenageá-lo pelos vinte anos no Supremo Tribunal Federal: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio.”

²²⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 128-129.

²²¹ SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Portland Oregon, 2000, p. 106-107.

passados sempre suscetíveis de quaisquer categorizações que melhor se adequassem ao resultado que o juiz queria atingir ao seu gosto.²²²

Mas não devemos enfatizar excessivamente o realismo jurídico para evitar o risco de confundir o direito norte-americano com apenas uma de suas muitas filosofias jurídicas, ainda que seja uma das mais importantes e populares. Na década de 1960, Harold Berman já dizia que seria uma tolice falar em *uma* filosofia do direito americano: além dos realistas, há os seguidores do direito natural, cuja fonte é a razão e a moralidade (os princípios do *common law* são influenciados por essa escola filosófica); os positivistas, que veem no direito a manifestação da vontade estatal, tendo a edição de muitas leis no final do século XIX e início do XX ocorrido sob o influxo do positivismo; e os adeptos da jurisprudência histórica, que explica o direito como um produto do desenvolvimento histórico do espírito e caráter do povo,²²³ para citar apenas algumas escolas.

Apesar dos diversos matizes filosóficos presentes nos Estados Unidos, o uso do precedente sempre foi caracterizado como uma tradição ou uma prática fortemente assentada em uma cultura jurídica que se realiza sem que os juízes reflitam muito sobre o que estão fazendo: eles simplesmente aceitam a autoridade dos precedentes no sentido de que eles expressam princípios políticos (*principle of policy*), e não comandos inexoráveis (*inexorable command*).

Em que pese a doutrina do *stare decisis* no direito norte-americano, os juízes não se sentem constrangidos ao revogarem (*overturn*) antigos precedentes que a experiência já provou inadequados, ou quando uma sequência de outros precedentes já enfraqueceu os seus fundamentos²²⁴, pois a razão adquirida por muitos estudos e observação repousa nas decisões judiciais – no fim, retorna-se às tradicionais lições de Coke e Blackstone.²²⁵

A partir desse breve retrato do direito inglês e norte-americano, verifica-se que, historicamente, a autoridade dos precedentes está relacionada ao fato de eles constituírem fontes de razões (*source of reasons*), e não apenas de resultados de julgamento (*rulings*). Os juízes podem seguir o precedente simplesmente porque encaram essa prática como uma desoneração argumentativa, pois boa parte do trabalho intelectual que julgar um caso exige já estaria feito, mas isso não quer dizer que eles estejam corretos em pensar assim.

²²² SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, vol. 39, n. 3, feb. 1987, p. 583.

²²³ BERMAN, Harold J. *Origens filosóficas do direito americano*. In Aspectos do Direito Americano. Trad. de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion, Rio de Janeiro: Forense, 1963, *passim*.

²²⁴ BERMAN, Harold J. *O fundamento histórico do direito americano*. In Aspectos do Direito Americano. Trad. de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion, Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 19.

²²⁵ SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. American Journal of Comparative Law, vol. 54, nº 1, 2006, p. 18-19.

Na verdade, identificar e interpretar os precedentes aplicáveis contextualizando-os e justificando-os frente ao caso concreto constitui uma atividade com uma complexidade que lhe é própria, e não se identificou na história do *common law* qualquer justificativa da força normativa do precedente que se confundisse com algum tipo de desoneração argumentativa.

O ciclo virtuoso do precedente judicial e a formação de expectativas normativas

A afirmação de que cada caso é um caso não é incorreta, mas não pode obscurecer outra verdade: a de que cada nova experiência enriquece o horizonte de sentidos do intérprete. O objetivo da compreensão jurídica é fundir o mundo no qual o texto (a Constituição, a lei ou o precedente) foi escrito com o mundo no qual se encontra o intérprete/aplicador do direito no contexto da particularidade do caso concreto.²²⁶ Isso quer dizer que a hermenêutica nunca parte de um grau zero interpretativo, e o precedente – como uma espécie de experiência jurídica – diminui o imprevisível e acrescenta mais um capítulo à história institucional do direito.

Um dos clássicos problemas da doutrina do precedente judicial é distinguir a *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) do *obiter dictum*. A origem dessa discussão radica-se no positivismo jurídico²²⁷, em um cenário de máxima vinculação das cortes aos seus próprios precedentes e de impossibilidade de superação (*overruling*), mesmo quando o precedente em análise fosse injusto ou inadequado. O mecanismo desenvolvido para contornar as dificuldades advindas desse *stare decisis* exacerbado foi imputar a eficácia normativa do precedente apenas a alguma parte da decisão judicial, chamada de *ratio decidendi*, esvaziando-se essa força quanto ao restante, denominado de *obiter dictum*. Isso permitiu uma flexibilização, nem sempre consistente, da força normativa de determinados precedentes cuja aplicabilidade o julgador preferia negar ao caso concreto. Semelhante prática se verificava (e ainda se verifica) quando são realizadas distinções inconsistentes entre dois casos.

Em 1960, Karl Llewellyn²²⁸ identificou mais de 64 técnicas para se descobrir a *ratio decidendi* de um precedente. Desde então foram desenvolvidas muitas outras técnicas, o que contribui muito pouco para a compreensão do tema e carece de interesse para o presente estudo. Mas é relevante entender que a *ratio decidendi* reflete um conceito essencialmente con-

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

²²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. Editora Noeses, 2012, p. 259-260.

²²⁸ LLEWELLYN, Karl. *The Common Law tradition: deciding appeals*. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1960, p. 77-89.

trovertido²²⁹, porque é descritivo e valorativo ao mesmo tempo, constituindo a regra jurídica que o Judiciário utiliza para justificar a decisão do caso concreto.

Para Thomas Bustamante, a multiplicidade de técnicas para se identificar os fundamentos determinantes e os diferentes significados atribuídos a esses fundamentos partem do equivocado pressuposto de que existe apenas uma *ratio decidendi* em cada decisão. Na verdade, há uma *ratio decidendi* útil para a solução de casos futuros, se a corte decidir determinada questão pontual acerca das consequências de um caso particular, assim como se essa mesma corte estabelecer – com clareza e de forma justificada – uma regra geral que possa abarcar outros casos que se achem na mesma situação.²³⁰

No mesmo sentido, Patrícia Perrone Campos Mello esclarece que os fundamentos determinantes de um precedente devem ser buscados nas justificativas dadas pelos juízes para decidirem o caso que se lhes havia sido apresentado. Devem-se identificar os fatos que os juízes consideraram importantes, as questões jurídicas discutidas e o entendimento final da corte sobre esses fatos e questões. Em alguns casos, os juízes fornecem mais de uma razão para decidir em determinado sentido: se essas razões forem cumulativas, haverá apenas uma *ratio*; se forem independentes entre si, cada uma delas pode ser considerada uma *ratio* concorrente.²³¹

Os fundamentos determinantes são constituídos pelas razões jurídicas que resolvem uma cadeia de eventos de forma íntegra e coerente com ordenamento jurídico. São nessas razões que devem ser buscados os precedentes²³², e a ausência delas ou a sua superação por outras compromete a sua aplicação. As normas inscritas nos precedentes devem ser formuladas como enunciados universais que considerem aplicáveis determinadas consequências normativas à luz de certos fatos operativos. A força gravitacional do precedente judicial a que alude Dworkin radica-se, precisamente, nos argumentos e razões que constituem a fundamentação do precedente judicial.

²²⁹ MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 512-513.

²³⁰ BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. Editora Noeses, 2012, p. 271-272. NUNES, Dierle; SENA HORTA, André Frederico de. *Doutrina do precedente judicial – fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil*. In PRODI-REITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Organização do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Cássio Scarpinella Bueno, Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015.

²³¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *The role of precedents as a filter for argumentation*. In: On the philosophy of precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012, p. 86.

²³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 270

Os precedentes contribuem para o desenvolvimento do direito na medida em que são compreendidos e valorados como fontes da razão em casos materialmente semelhantes, e não como meros comandos assertóricos (*rulings*). Não por outra razão, dois dos fatores de ascensão da doutrina do precedente judicial na Inglaterra foram a modificação na estrutura dos julgamentos durante a Era Tudor, quando se passou a exigir que as decisões fossem racionalmente fundamentadas, e a profissionalização das compilações jurisprudenciais, mediante as quais a comunidade jurídica começou a ter acesso facilitado aos entendimentos dos tribunais.

Não se deve ignorar, ainda, que há fatores institucionais que influenciam na força normativa dos precedentes judiciais, dentre os quais: (a) a hierarquia da corte que proferiu a decisão; (b) a composição do órgão julgador, se monocrática ou colegiada; (c) mudanças no contexto político, econômico e social desde a decisão tomada como precedente; (d) a (in)existência de base argumentativa sólida no precedente; (e) a “idade” do precedente; (f) a existência de divergências no órgão colegiado que proferiu a decisão precedente; (g) a pertinência temática entre a questão de fundo do precedente e do caso em análise; e (h) a aceitação do precedente pela comunidade acadêmica.²³³

Quando se afirma que os precedentes judiciais contribuem para o desenvolvimento do direito, ou que existem normas (enunciados universais) inscritas nesses precedentes, não se está, de modo algum, sendo conivente com qualquer tipo de criatividade judicial. O Judiciário não tem competência constitucional para tanto e tampouco pode atuar como legislador. Mas cabe, sim, ao Judiciário, de forma fundamentada e participada, interpretar e aplicar o direito existente, reconhecendo os direitos e obrigações das partes mesmo quando não exista uma regra expressa regulamentando o caso. Em situações como essas, os precedentes podem servir como indícios formais dos princípios que formam a teia inconsútil do direito (Dworkin), concretizando cláusulas gerais ou conceitos abertos à luz de determinados fatos cuja semelhança com fatos de outro caso ainda por decidir pode tornar pertinente a comparação entre ambos.

Identificar os fundamentos determinantes de um precedente constitui tarefa de reconstrução do passado e de atribuição de sentido normativo ao texto. Essa identificação consiste em verificar quais são os fatos operativos do precedente e quais são os fatos de pouca relevância. Maurício Ramires faz uma importante advertência: os precedentes não são discursos de fundamentação prévios à espera de um acoplamento.

²³³ PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 477-478. TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 437-439.

Conforme lembrado pelo citado jurista, é muito comum que uma decisão do STF, por exemplo, “pacifique” o entendimento sobre determinada questão polêmica, provocando uma reação em cadeia na qual os juízos ordinários apenas se limitam a seguir a orientação do STF, desonerando-se de fundamentar as suas próprias decisões porque as decisões tomadas pelo STF transformar-se-iam em discursos prévios de fundamentação.

Trata-se de uma vulgarização do uso dos precedentes. Um precedente não tem respostas prontas à disposição do intérprete/aplicador, pois a formulação de uma pergunta é a premissa lógica para a sua resposta. A verdadeira pergunta a ser feita sobre o que foi decidido no passado será sobre a questão problemática do caso presente. A prática do precedente não se confunde com a realização de um juízo prévio de semelhança entre duas situações de fato distintas para que sejam suficientemente semelhantes e recebam o mesmo tratamento. O relevante é a identificação de aplicação principiológica, a partir da “semelhança das perguntas e das respostas”.²³⁴

A propósito da primazia da pergunta sobre a resposta, Misabel Derzi, citando Heiki Pohl, esclarece que “a questão individual do caso *sub judice* esconde sempre uma questão, um problema, uma pergunta geral”. Sustenta ser desnecessário se perquirir sobre o tempo decorrido desde que proferida a decisão-precedente, pois o relevante é verificar se a decisão transitou em julgado, assim como também é desnecessário verificar o número de decisões iguais, isto é, se a decisão é única ou se repetidas em série.²³⁵

Adiantando uma das críticas que se fará às súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, a “resposta geral” – ou *ratio decidendi*, ou regra judicial – de um precedente não se confunde com os enunciados sumulares. A ilustre professora cita o exemplo da Súmula nº 670, do STF: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”. Por quê? Por que falta ao serviço de iluminação pública a exigência constitucional da divisibilidade, mas isso está expresso apenas nas razões de fundamentação das decisões que deram origem à edição da referida súmula, que não pode ser caracterizada como uma *ratio decidendi* resumida.

Raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações:²³⁶ situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos são comparados uns aos outros mediante analogias e contra-analogias, a fim de se verificar em que medida cada uma dessas coisas é semelhante e qual o grau dessa semelhança. Uma analogia consiste em indicar similaridades entre atributos

²³⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 57, 137.

²³⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 259-261.

²³⁶ LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. The University of Chicago: Chicago, 1949, p. 2.

de dois ou mais entes que, embora diferentes entre si, compartilham de determinadas características que justificam a atribuição de igual tratamento, a depender da relevância (qualidade) das similaridades existentes. Caso se verifique que a dois fatos deva ser atribuída a mesma consequência, quer dizer que se raciocinou por analogia; caso se entenda que a ambos os fatos devam ser atribuídas consequências distintas, o raciocínio foi realizado por contra-analogia (distinção).²³⁷

No raciocínio por precedentes, a analogia e a contra-analogia constituem técnicas que, conquanto situadas em extremos opostos, estruturam-se sobre um mesmo processo intelectual de comparação, definindo a aplicabilidade de determinado precedente ao caso concreto, o que deve ser informado pelas virtudes da coerência e da integridade. Nesse sentido, Misabel Derzi e Thomas Bustamante entendem que “a decisão de aplicar cada precedente a um novo caso concreto é [...] presidida e informada por uma ponderação de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias”²³⁸.

A principal função do precedente judicial é o enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico, ao abri-lo para a realidade a partir do círculo hermenêutico²³⁹. A formação constitucionalmente adequada do precedente pressupõe um processo dialético desenvolvido por argumentos e contra-argumentos que interpretaram outros textos. Nesse processo, o precedente deixa um rastro hermenêutico e seu sentido passa a integrar o sistema jurídico ao lado dos textos normativos nele interpretados, formando um novo horizonte interpretativo potencialmente formador de novos significados (ciclo virtuoso).

O significado de conceitos hermeneuticamente abertos como boa-fé, dignidade, razoabilidade, liberdade, censura, democracia, dentre tantos outros, concretiza-se na decisão judicial, que, sendo o resultado final de um processo conduzido em contraditório pelos sujeitos processuais, incorpora-se ao ordenamento jurídico como um ganho hermenêutico à luz de determinados fatos. O ciclo virtuoso do precedente engendra expectativas dos cidadãos em torno da coerência decisória e integridade sistêmica, cuja possibilidade exige a identificação dos padrões de semelhança e distinção entre os casos. Apenas assim a igualdade – ou desigualdade –

²³⁷ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016, *passim*.

²³⁸ DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?* In Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 353.

²³⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 307-321.

entre esses casos poderá ser verificada, de modo que, reconhecendo-se suas legítimas pretensões, os cidadãos possam reclamar tal ou qual tratamento à sua própria situação de vida com base naquilo que constitui precedente.

O precedente abre o direito ao contexto social, ao introduzir uma complexidade da vida que dificilmente a lei conseguiria, em razão de esta pretender ser, em essência, abstratamente universalizável. Diante da indefinição *a priori* de significado dos enunciados normativos, o precedente constitui um relevante critério hermenêutico. Mas não tem a função de encerrar a discussão acerca desse significado, ou de fixá-lo em definitivo, pois não é um ponto de chegada. O principal valor do precedente é permitir a reinserção de significados nos sucessivos jogos de interpretação/aplicação, o que se realiza em contraditório e deve ser refletido na decisão judicial mediante a exigência constitucional da fundamentação justificada, contexto esse no qual a crítica doutrinária tem uma relevante posição que não pode ser menosprezada.

A sentença forma a expectativa normativa geral de que, em certo momento, a “pergunta geral” por ela respondida também será problematizada em outro caso, para o qual será constitucionalmente adequado fornecer a mesma resposta. Toda sentença transitada em julgado é constitutiva dessa expectativa normativa, que o Estado Democrático de Direito tem a missão de garantir com base na segurança jurídica e na igualdade substancial, pois todo cidadão pertencente a um mesmo grupo de casos – casos nos quais se formulou a mesma “pergunta geral” – espera obter o mesmo tratamento judicial que outro cidadão pertencente ao mesmo grupo recebeu, com justiça e em razão dela.²⁴⁰

Em um mundo cuja riqueza fática e valorativa cria a sensação de que o direito é incerto, o precedente judicial deve cumprir a função de diminuir a discrepância interpretativa, a partir da concepção do direito como integridade, no sentido de que a interpretação de qualquer texto normativo não pode se afastar de uma coerência narrativa integrada por alguns princípios estruturantes. Onde não há condição para o efetivo conhecimento, não há liberdade para o cidadão deliberar, com autonomia, responsabilidade e capacidade reflexiva, sobre os seus projetos de vida, os negócios que celebra, os seus atos que interferirão na vida de outras pessoas, e as relações com as instituições públicas nas quais confia.²⁴¹

A segurança jurídica exige cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito, elementos sem os quais o sujeito não tem liberdade jurídica de ação, uma vez que não lhe é

²⁴⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 251.

²⁴¹ NUNES, Dierle; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015*. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 82, n. 3, São Paulo: Lex Magister, jul/set 2016, p. 97.

possível deliberar a respeito dos efeitos jurídicos a serem atribuídos à ação que deseja realizar, medindo as consequências de seus atos.²⁴² Exatamente porque o texto legal, muitas vezes construído mediante a técnica das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados, engendra um quadro de aparentes múltiplas respostas possíveis para problemas jurídicos idênticos – o que diminui a força dos elementos de segurança jurídica na vida cotidiana –, os precedentes judiciais devem ser compreendidos a partir de um paradigma que promova o fechamento do sistema a partir dos argumentos de princípios que os juízes devem fornecer ao fundamentarem justificadamente as decisões que tomam nos casos concretos. São essas decisões que, transitadas em julgado, criarão as bases para a confiabilidade do jurisdicionado, cujas legítimas expectativas deverão ser protegidas pelo Estado Democrático de Direito contra casuísmos e decisões que não se ajustem de forma coerente à teia inconsútil sustentada pela integridade do direito.

Técnicas da doutrina do precedente judicial

Richard M. Re²⁴³ informa que as técnicas utilizadas na doutrina do precedente – *follow*, *distinguish*, *narrow* e *widen* – são classificadas a partir de duas perguntas: primeiro, deve-se indagar se o precedente, interpretado à sua melhor luz, é aplicável ao caso presente; segundo, deve-se perquirir se o juiz ou tribunal aplicou, ou negou a aplicação, desse precedente ao caso concreto de forma correta. Seguir (*follow*) significa que um precedente que deveria ser aplicado a um caso concreto foi adequadamente aplicado, porque identificadas semelhanças consistentes entre ambos os casos; distinguir (*distinguish*) significa que um precedente que não deveria ser aplicado a um caso concreto não foi aplicado, porque identificadas contra-analogias consistentes entre ambos os casos; restringir (*narrow*) significa negar a aplicação de um precedente que deveria ter sido aplicado ao caso concreto, pois as distinções identificadas são inconsistentes e existem padrões de semelhança não reconhecidos; e estender (*extend* ou *widen*) significa que um precedente inaplicável a um caso concreto foi indevidamente aplicado, pois há distinções não reconhecidas e padrões de semelhança equivocadamente identificados.

Assim, por ocasião da aplicação de qualquer uma dessas quatro técnicas, a aplicabilidade do precedente sempre estará relacionada ao raciocínio comparativo. Esse raciocínio se de-

²⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 493.

²⁴³ RE, Richard R. *Narrowing precedent in the Supreme Court*. *Columbia Law Review*, n. 7, v. 114, 2014, p. 1869.

envolve mediante analogias e contra-analogias, a fim de se identificarem os padrões de semelhança e de distinção entre os fatos operativos do precedente (enunciados de forma universalizante e informados por princípios) e os fatos concretos do caso presente.

Há uma quinta técnica que interfere diretamente na segurança jurídica: o *overruling*. Trata-se de um tipo especial de *departure* no qual há a superação de um precedente, com a retirada da *ratio decidendi* nele contida do ordenamento jurídico. Isso exige um ônus argumentativo especial e fundamentação decisória adequada, para garantir que a segurança jurídica integre a equação de *overruling*, possibilitando que o direito se desenvolva ao mesmo tempo em que se observa a integridade, a coerência, e os deveres de publicidade e autorreferência²⁴⁴. A superação de um precedente constitui um evento de significativa relevância, porque representa uma quebra no entendimento dos tribunais em determinada matéria, gerando impactos nas relações sociais, políticas e econômicas.²⁴⁵

Em estudo estatístico no direito norte-americano, com enfoque na Suprema Corte, James Spriggs e Thomas Hansford²⁴⁶ elencaram alguns fatores que podem influenciar na prática do *overruling*. Disparidades ideológicas entre os juízes que estabeleceram o precedente e os juízes do caso presente, a incidência do precedente na interpretação constitucional e divergências jurisprudenciais podem favorecer a aplicação da técnica. Por outro lado, os fatores que promovem a permanência de um precedente são a congruência política entre ele e a sociedade, a sua incidência na legislação, a unanimidade na votação dos juízes que o estabeleceram e a maior frequência com que é citado em decisões posteriores.

Não é toda alteração de entendimento que configura *overruling*, sendo necessário distingui-lo de fenômenos afins. A definição de modificação jurisprudencial apresenta uma série de dificuldades.²⁴⁷ Não há *overruling* quando se instala divergência dentro de um mesmo tribunal, nem quando o tribunal desenvolve um instituto dogmático, constata um erro na decisão anterior, concretiza, pela primeira vez, um conceito jurídico indeterminado, profere decisão à luz de um novo regime jurídico, ou contrapõe uma decisão ainda não transitada em julgado. Essas situações ilustram correção, esclarecimento, especificação, desenvolvimento, complementação, divergência e inovação, não podendo ser confundidas com o *overruling*.

É relevante considerar, também, o âmbito judicial em que proferida a nova decisão. Não há *overruling* quando o juiz de primeiro grau decide de forma diferente de outro juiz, ou

²⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 193.

²⁴⁵ SPRIGGS, James; HANSFORD, Thomas. *Explaining the Overruling of the U.S. Supreme Court Precedent*. *Journal of Politics*, vol. 63, n. 4, nov/2001, p. 1092.

²⁴⁶ SPRIGGS, James; HANSFORD, Thomas. *Explaining the Overruling of the U.S. Supreme Court Precedent*. *Journal of Politics*, vol. 63, n. 4, nov/2001, p. 1093-1097.

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 480 e ss.

quando o tribunal modifica o entendimento de um órgão fracionário sobre determinada matéria, ou mesmo quando um órgão do STJ altera o seu entendimento a fim de interpretar a legislação federal sob o viés constitucional. Em tais casos, ou o órgão prolator da decisão posterior não é o competente para decidir a questão em sede de decisão final, ou a decisão precedente não tem o condão de criar expectativas legítimas e, conseqüentemente, não pode servir de base para uma modificação no precedente relevante.

Por sua vez, no âmbito processual, é preciso indagar, também, o caráter da decisão “modificadora”. A revogação, em sede de sentença, de liminar anteriormente concedida e o provimento de um recurso para reforma da decisão impugnada não são *overruling*, porque, nesses casos, a provisoriedade da decisão modificada impede a formação de precedente, e a recorribilidade de decisões proferidas por órgão que não detém a competência para decidir em última instância é apenas um desdobramento da estruturação vertical da eficácia dos precedentes. Ainda que o tribunal *a quo* não adote o entendimento consubstanciado no precedente ou na jurisprudência do tribunal *ad quem*, a não aplicação desse entendimento configurará “apenas” *error in procedendo* ou *error in iudicando*, estando sujeita à cassação ou reforma, com a confirmação de vigência do precedente antes desrespeitado.²⁴⁸

A partir dessas considerações, tem-se que a modificação do precedente (*overruling*) configura-se quando o mesmo órgão dentro de um tribunal altera o seu entendimento, externado em decisão transitada em julgado, sobre uma mesma questão. Nesse sentido, o *overruling* se realiza “quando houver duas decisões contraditórias e eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática”²⁴⁹.

J. W. Harris²⁵⁰ sistematizou um núcleo de princípios que orientam e limitam a prática do *overruling*. (I) A ausência de novas razões²⁵¹ – estabelece o caráter definitivo das decisões para garantir um grau mínimo de segurança jurídica e impedir que questões controversas sejam rediscutidas de tempos em tempos apenas porque a composição do tribunal mudou. O seu âmbito de aplicação é o de decisões intrinsecamente incorretas, nas quais todas as razões pertinentes foram consideradas, ainda que incorretamente ponderadas. Excluem-se da abrangência desse princípio as decisões estruturalmente erradas, nas quais nem todas as razões pertinentes foram devidamente suscitadas e/ou consideradas. (II) A proteção da confiança justifi-

²⁴⁸ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 198.

²⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 482.

²⁵⁰ HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess?* Oxford Journal of Legal Studies, 2010, p. 135-199, *passim*.

²⁵¹ A superação de um precedente ou jurisprudência deve ser encarada como a última opção a ser tomada. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York, Cambridge University Press, 2008, p. 122.

cada – alerta para o perigo de se perturbar retrospectivamente determinadas situações jurídicas que exijam maior grau de vinculatividade em razão das maiores expectativas depositadas pelo jurisdicionado nas decisões judiciais, especialmente em matéria de contratos, propriedade e tributos. A técnica da modulação dos efeitos temporais (*prospective overruling*) pode ser utilizada para mitigar os efeitos negativos decorrentes do *overruling*, pois as situações pretéritas não são afetadas. (III) O respeito ao legislador – quando o Legislativo, confiando na estabilidade de um precedente, interfere em determinada área do direito sem modificar a sua regra, parte-se do pressuposto de que ele aprovou que esse precedente faça parte do direito positivo, cabendo ao Judiciário respeitar a decisão do Legislativo de preservar essa ordem. (IV) A vinculação ao caso concreto – o Judiciário deve se abster de emitir opiniões que não digam respeito à disputa concreta sobre a questão jurídica controvertida no caso, assim como não deve pretender antecipar o desenvolvimento do direito mediante o *case law*.

Em regra, existem três situações em que o *overruling* pode se realizado: (a) quando o desenvolvimento tecnológico torna um precedente obsoleto; (b) quando a superação de determinado precedente se torna necessária, a fim de aproximar o direito da sociedade quando há perda da congruência entre ela e as normas inscritas no precedente; e (c) quando o aprimoramento do debate sobre a questão jurídica revela que o precedente encerra em si norma substancialmente equivocada desde o início (inconsistência sistêmica).²⁵²

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior aponta que incongruências sociais e inconsistências sistêmicas configuram-se quando o precedente se torna controverso, atraindo críticas da doutrina e ensejando a realização de distinções fracas com a finalidade de afastar a sua aplicação ao caso concreto.²⁵³ Essas inconsistências e incongruências não podem ser confundidas com dissensos judiciais, quando magistrados, cada qual com fundamentação decisória adequada, desentendem-se sobre as razões e premissas jurídicas de determinada questão controversa.²⁵⁴ Para este específico contexto, o recurso surge como técnica vocacionada à formação de precedentes mediante a contraposição de decisões discrepantes proferidas por juízos de mesma hierarquia.

²⁵² SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York)*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 396-397.

²⁵³ ATAÍDE JÚNIOR, JALDEMIRO RODRIGUES. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 95.

²⁵⁴ BARRETT, Amy Coney. *Precedent and jurisprudential disagreement*. *Texas Law Review*, vol. 91, nº 7, Notre Dame Legal Studies Paper No. 1335, jun/2013, p. 1722.

Trabalhando com precedentes antagônicos

Resgatando a metáfora do romance em cadeia, há duas coisas que o juiz não pode fazer ao raciocinar por precedentes: (1) desconhecer a totalidade da prática judiciária, escrevendo o seu capítulo como se tivesse discricionariedade para tanto, de modo incoerente com os capítulos anteriores; e (2) repetir mecanicamente o que já foi decidido, copiando o capítulo anterior ao contrário de escrever um novo capítulo. Ambas essas posturas representam quebra de continuidade. Também não existem “correntes jurisprudenciais” que desonerariam o juiz de decidir segundo as exigências da coerência e da integridade, permitindo que ele apenas prefira umas às outras.

Existe uma tensão dialética entre a premissa de que o caso individual não será o primeiro nem o último de sua linha e a premissa de que não se resolve todos os casos com a mesma regra, trabalhando por amostragem ou atacado. Essa tensão se resolve na interpretação, na “fusão de horizontes entre as exigências das especificidades dos casos e o imperativo de integridade do direito”²⁵⁵, a fim de evitar interpretações fragmentárias ou hiperintegradoras.

Os trabalhos de Hércules serão mais árduos quando estiver lidando com precedentes antagônicos. A existência de diversas interpretações judiciais sobre a mesma questão jurídica é especialmente problemática quando os tribunais se alheiam a essa realidade e decidem como se a única interpretação viável fosse a sua própria. O direito não rejeita a pluralidade e a controvérsia. Isso faz parte das democracias modernas, pois a igualdade constitucionalmente reconhecida a todos e por todos os cidadãos é ressignificada no respeito às diferenças.

Por outro lado, os tribunais – como instituições públicas nas quais as pessoas depositam as suas legítimas expectativas de igual tratamento, respeito e consideração – não estão autorizados a decidir nos mais diversos sentidos sem prestarem contas disso, atuando como se cada um fosse uma ilha. O mesmo tipo de postura se verifica entre os órgãos fracionários de um mesmo tribunal, sejam eles colegiados ou monocráticos. A existência de precedentes antagônicos sem a devida *accountability* constitui um dos fatores de descrédito no Judiciário e em qualquer sistema de precedentes ou paradigmas decisórios que se pretenda construir.

Em um sistema de precedentes estruturado dessa maneira, fomentam-se os vieses cognitivos e a discricionariedade judicial na medida em que, se qualquer precedente vale tanto quanto o outro e pouco importa o restante, é admitida a possibilidade de o juiz ou tribunal escolher – como em um *self service* – aqueles que apenas confirmam um entendimento previ-

²⁵⁵ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104-111.

amente formado pelas convicções pessoais do julgador, esvaziando-se a função contra-fática do raciocínio por precedentes.

Se os precedentes devem constranger o julgador, a existência de múltiplos significados cria um ambiente de aleatoriedade em que se poderia dizer qualquer coisa sobre tudo, desde que se tenha uma ementa – colhida de um oceano de decisões conflitantes – para transcrever a título de fundamentação.

Para se decidir adequadamente à Constituição em um cenário como esse, a integridade exige que todas as linhas de precedentes antagônicos façam parte do horizonte da decisão do caso presente. O julgador não está autorizado a escolher uma dessas linhas como fundamento para sua decisão, omitindo as demais, caso contrário ela carecerá de justificação suficiente e constitucionalmente adequada.

Alguns poderiam dizer: mas para que tanto trabalho, se no final o juiz irá decidir de acordo com uma dessas linhas jurisprudenciais? Por que não poupar tempo e dizer logo qual precedente se estará seguindo? A exigência constitucional da fundamentação racional não estaria sendo observada e não admite tamanha facilidade. Se os precedentes “escolhidos” pelo julgador dão razão a uma das partes, não se pode ignorar que os demais precedentes contrários, omitidos na decisão, poderiam dar razão à outra parte, que tem tanto direito quanto a vencedora (talvez até mais, porque sucumbiu) de saber as justificativas pelas quais o juiz decidiu em favor do outro e rejeitou as razões por ela suscitadas. Isso é *accountability*: justificar a fundamentação.

Além disso, deve-se sempre cogitar a possibilidade de que o precedente oposto – omitido pelo julgador – seja o correto e deva ser aplicado, mas isso ficará oculto na ausência de enfrentamento aberto e imparcial dessa possibilidade.²⁵⁶ A explicitação disso pede que se trabalhe adequadamente com precedentes antagônicos. Se realmente existir um precedente correto para resolver o caso concreto em meio a outros precedentes em sentidos diversos, a garantia da fundamentação exige que o julgador justifique porque aquele precedente é o correto e, sobretudo, que também justifique porque os demais não o são. A omissão quanto a essa última justificativa – a omissão aos precedentes antagônicos – é um indício de que a decisão tomada por esse julgador pode não estar correta e deva ser revista à luz de todos os precedentes pertinentes, para que a tensão entre eles seja adequadamente dimensionada e resolvida.

²⁵⁶ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 328.

Constituição, leis e case law

A prática do precedente tem diferentes nuances se aplicada à Constituição, às leis, ou ao *case law*²⁵⁷, especialmente no que concerne o direito norte-americano após o movimento de independência dos Estados Unidos, onde a autoridade dos precedentes nunca teve a mesma força do que na Inglaterra. Isso se explica em razão do grande volume de decisões, das diferentes linhas decisórias e da variedade de jurisdições, o que contribuiu para o enfraquecimento da autoridade de decisões individuais.

Mas não há dúvidas de que, apesar disso tudo, a doutrina está bem estabelecida²⁵⁸, como visto anteriormente. Essa peculiaridade do direito norte-americano, aliada a outras questões históricas, explica o maior peso que o *stare decisis* tem na interpretação e aplicação das leis quando comparado com casos que envolvam a Constituição, nos quais a autoridade é relativamente menor. Mesmo assim, não se pode deixar de frisar que, conquanto se possam divisar algumas diferenças no que diz respeito a essas áreas, existe, por assim dizer, uma inspiração comum a todo o direito norte-americano²⁵⁹.

A Suprema Corte dos Estados Unidos começa as suas deliberações nos casos constitucionais a partir do texto da Constituição, buscando o sentido desse texto na história e na tradição, da mesma forma como o fazem as cortes de *common law*. Existem inúmeras decisões da Suprema Corte nas quais debatidas importantes questões de direitos fundamentais em que disputam diferentes interpretações sobre cláusulas ambíguas do texto original capazes de inflamar os espaços públicos acerca de qual interpretação é a melhor.

A Corte tem consciência da importância de merecer o respeito da sociedade em geral a partir da confiabilidade que a coerência de seus precedentes deve inspirar nas pessoas, mas também reconhece a necessidade de modificar (*overturn*) precedentes ruins ou inadequados, especialmente quando se tratarem de decisões envolvendo a Constituição. Nesses casos, deve existir razoável margem para a própria Corte promover as correções necessárias, porque em casos dessa natureza a correção via legislatura é bastante difícil e a mudança apenas será pos-

²⁵⁷ *Common law*, aqui, não é usado no sentido de tradição jurídica. Significa a parte do direito americano que, a partir dos princípios tradicionais herdados da filosofia jurídica de autores como Coke e Blackstone, cuida de áreas nas quais as normas constitucionais e legais não estejam diretamente implicadas. Nesse específico contexto, pode ser entendido como sinônimo de *case law*.

²⁵⁸ FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antônio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 62.

²⁵⁹ SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. American Journal of Comparative Law, vol. 54, nº 1, 2006, p. 17.

sível por força de emenda constitucional ou de modificação (via *overruling*) pela própria Suprema Corte²⁶⁰.

Por outro lado, precedentes envolvendo questões tipicamente legislativas, a exemplo de propriedade e contratos, exigem um tratamento diferente, com maior estabilidade (*stare decisis* mais forte), porque a confiabilidade do cidadão nas decisões judiciais versando sobre tais questões deve ser maior. Quando é necessário promover algum tipo de modificação, as cortes, compreendendo que nesses casos o Poder Legislativo está implicado, entendem que a via mais adequada para tanto é a legislativa, razão pela qual adotam uma postura interpretativa mais conservadora.

Um bom exemplo é o caso *Lawrence v. Texas* (2003), em que a Corte declarou todas as leis contrárias à relação sexual “desviada” inconstitucionais a despeito da existência de precedentes em sentido contrário, porque a Constituição garante um reino de liberdade pessoal no qual o Governo não pode se imiscuir. Realmente, na experiência norte-americana, ao contrário do que se poderia supor, os tribunais têm mais liberdade na aplicação da Constituição do que em se tratando de precedentes que já interpretaram a legislação ou de precedentes tipicamente de *common law* (*case law*). Nessas duas áreas, a decisão já está em condições de ser tomada após a identificação dos padrões de semelhança e distinção entre o caso precedente e o presente.

O *stare decisis* funciona como mecanismo para constranger o juiz a seguir o precedente, ainda que, segundo a sua opinião particular, esse precedente não reflita a melhor justiça. Mas a situação é bastante diversa quando a Constituição está envolvida e estão implicados ideais conflitantes da comunidade que trazem consigo conceitos controversos.²⁶¹ Além disso, a postura da dos tribunais exerce grande influência no prestígio que a intrincada doutrina do *stare decisis* desempenha nos casos constitucionais: ao longo do século XIX, a crise de legitimidade do Judiciário norte-americano foi responsável pelo maior peso atribuído à doutrina, contribuindo para que ela se estabelecesse no século XX, mas a postura mais ativista da Corte Warren (1953-1969) representou um enfraquecimento do *stare decisis*²⁶².

Nos casos constitucionais, assim como na legislação e no *case law*, também é importante identificar padrões de semelhança entre o caso presente e o passado, especialmente para concretizar, por comparações e analogias, os conceitos mais controversos cujo conteúdo seja

²⁶⁰ LEE, Thomas R. *Stare decisis in historical perspective: from de Founding Era to the Rehnquist Court*. *Vanderbilt Law Review* 52(3), set. 2008, p. 730.

²⁶¹ LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. The University of Chicago: Chicago, 1949, p. 7.

²⁶² FOWLER, James H.; JEON Sangick. *The authority of Supreme Court precedent*. *Social Networks*, 30, 2008, p. 16.

intersubjetivamente construído pelos tribunais e pela sociedade em geral com o passar dos anos. Entretanto, isso não deve impedir a corte de mudar de opinião, desde que de forma fundamentada a partir de razões que satisfaçam as exigências da integridade, uma justificação especial²⁶³.

O critério da constitucionalidade é sempre a própria Constituição. O problema do *stare decisis* onde há uma Constituição envolvida é bastante diferente de quando se trata da legislação ou do *case law*. Não pode haver qualquer interpretação autoritária da Constituição e mudanças são necessárias de tempos em tempos, pois uma Constituição e as suas previsões genéricas refletem os ideais conflitantes e dinâmicos da comunidade.

Mas quem tem o poder de dizer o que estes ideais, valores e conceitos significam de modo definitivo? Certamente, os autores da Constituição não estão em condições de fazê-lo, pois o seu trabalho acabou quando escreveram as palavras. A Suprema Corte também não tem tamanha autoridade, pois um novo argumento sempre pode ser reconduzido à própria Constituição. As palavras são, sim, ambíguas, mas sempre deve ser possível retornar ao texto constitucional.²⁶⁴

Quanto às leis, não é novidade que a atividade legislativa em países tradicionalmente de *common law* é intensa. Nos Estados Unidos, por exemplo, podem-se citar o *Sherman Antitrust Act* (1890), o *Securities Act* (1933), o *Security Exchange Act* (1934), o *Civil Rights Act* (1964), o *Occupational Safety and Health Act* (1970), o *Clean Air Act* (1970), e o *Internal Revenue Code* (1986), além de inúmeras outras leis federais, estaduais e municipais. Bentham talvez ficasse contente com tamanha proliferação legislativa, pois acreditava que a certeza, a clareza e a segurança no direito apenas seriam promovidas pelas leis.

A despeito de seus méritos para a jurisprudência analítica, ele não poderia estar mais enganado. Embora as leis tenham se tornado cada vez mais onipresente nos ordenamentos jurídicos de muitos países, o mesmo tipo de “incerteza jurídica” ocorre com as muitas interpretações sobre os seus termos. Seja porque a técnica legislativa foi superficial, ou porque o Legislativo achou melhor deixar certas controvérsias serem decididas pelo Judiciário, ou – especialmente – porque as leis nunca conseguem antecipar as complexidades e fluidez na vida moderna, os tribunais sempre são instados a decidir disputas concretas envolvendo controver-

²⁶³ FALLON JR., Richard H. *Stare Decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. Hein Online – 76, New York University Law Review, 570, 2001, 572.

²⁶⁴ LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. The University of Chicago: Chicago, 1949, p. 58-60.

sas interpretações sobre a mesma lei, por mais completa e detalhadamente o legislador a tenha redigido.²⁶⁵

Ao se interpretar a Constituição, as leis ou os precedentes – tanto os que interpretaram e aplicaram a Constituição e as leis quanto outros precedentes –, deve-se respeitar a virtude da integridade, aqui traduzida na metáfora do romance em cadeia de Dworkin. O sentido das palavras pode ser indeterminado, o texto pode ser ambíguo e podem existir conflitantes interpretações sobre o significado de tudo isso, mas o magistrado tem a responsabilidade política de aplicar o direito respeitando a sua história institucional.

Os precedentes não têm aptidão para resolver, por si só, as celeumas interpretativas existentes, pois eles, tanto quando a Constituição e as leis, contêm textos à espera da interpretação. Por outro lado, os precedentes, como decisões que resolveram um caso concreto à luz de determinados fatos e argumentos, podem, sim, oferecer aportes normativos que, enriquecendo a história institucional da qual fazem parte, contribuam para o desenvolvimento do direito. Em meio a isso, a doutrina do *stare decisis* deve ser sensível aos diferentes temperamentos que a Constituição, as leis e os precedentes exigem.

²⁶⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009, p. 148-150.

– QUARTO CAPÍTULO –
O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

Os precedentes constituem uma noção fundamental dos sistemas jurídicos contemporâneos. Qualquer ordenamento jurídico está suscetível a se desenvolver a partir das soluções dadas a problemas práticos. Independentemente de as formulações decorrentes dessas soluções serem desejáveis, buscadas ou conscientemente reconhecidas, tratam-se de generalizações criadas e desenvolvidas sobre decisões passadas que podem exercer algum tipo de influência no futuro.²⁶⁶

Segundo Taruffo, a maior utilização dos precedentes em qualquer sistema e o papel essencial que eles atingiram na prática judicial de todos os países constituem importantes fatores de mudança. Isso não quer dizer que as cortes tenham poderes para propriamente criar o direito, mas é importante compreender que atualmente a interpretação das leis sofre influência dos precedentes que já interpretaram essas leis. Nesse sentido, os precedentes se tornaram uma forma inevitável de ‘concretização’ de regras e princípios, e muitas relevantes questões são resolvidas pelos tribunais a partir de precedentes.²⁶⁷

Não se desconhece, também, a relevante contribuição das pesquisas empírico-comparatistas coordenadas por Neil MacCormick e Robert Summers, em conjunto com um eclético grupo de juristas representativos de países (o Brasil não foi incluído) de diferentes tradições jurídicas. Nessas pesquisas, foram identificadas duas grandes semelhanças entre os países tradicionalmente de *common law* e de *civil law* que *sugerem* uma convergência sistêmica: (I) em todos os países pesquisados, o precedente exerce uma importante função na teoria da decisão, ainda que lhe sejam reconhecidos diferentes níveis de vinculação formal; e (II) os sistemas jurídicos de todos esses países acomodam evoluções jurídicas pela via dos precedentes tanto quanto pela legislativa.²⁶⁸

Por outro lado, esses mesmos pesquisadores identificaram uma série de diferenças entre ambas essas tradições, com algumas exceções para os casos constitucionais. Ao contrário do *common law*, nos países de *civil law*: (1) a maioria dos informes e relatórios jurisprudenciais (*reports*) não incluem aquilo que, na opinião de um *common lawyer*, seriam consideradas des-

²⁶⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Editora JusPodivm, 2015, p. 87.

²⁶⁷ TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In *Interpreting precedents*, Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 459.

²⁶⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Further general reflections and conclusions*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 531-535.

crições detalhadas dos fatos, muito embora essas descrições possam ser disponibilizadas por outras vias; (2) normalmente, não há uma análise detalhada ou discussões em profundidade sobre as questões decididas nos casos precedentes, nem uma abordagem meticulosa sobre a existência de padrões de semelhança e de distinção que caracterizam o raciocínio por precedentes; (3) não há uma tradição de se distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*; (4) é comum que os enunciados das regras legais e jurisprudenciais sejam formulados de forma canônica e genérica, sem uma contextualização das situações e dos padrões fáticos que integram essas regras; (5) não existe uma metodologia sofisticada para o estabelecimento de distinções entre precedentes; (6) na maioria dos casos, uma única decisão não tem força normativa ou autoritativa sobre determinada questão, sendo necessária uma linha de decisões no mesmo sentido para tanto; (7) os juízos inferiores se dão uma liberdade maior para divergirem de um precedente proferido por uma corte superior, ou até mesmo de uma linha de precedentes, ao argumento da independência judicial ou do não reconhecimento do direito jurisprudencial como direito, decidindo de acordo com o que eles entendem ser o “verdadeiro direito”, e não de acordo com o que foi estabelecido pelos órgãos superiores; (8) as cortes superiores divergem de seus próprios precedentes sem sequer mencionarem esse fato; e (9) as cortes superiores também aplicam, seguem e confirmam precedentes sem os citarem ou mencionarem, deixando para a doutrina jurídica chamar a atenção para isso.²⁶⁹

O objeto do presente capítulo é situar o Brasil nesse contexto, perquirindo acerca do histórico legislativo que deu origem à já mencionada – e ainda a ser investigada – aproximação do ordenamento jurídico pátrio ao *common law*, dos objetivos declarados e implícitos de parcela das reformas processuais e, sobretudo, da prática judiciária brasileira.

Mas um alerta é fundamental: não existem parâmetros abstratos e objetivos segundo os quais o *common law* seria melhor do que o *civil law*, e argumentar por precedentes ou por lei não assegura, por si só, uma resposta hermeneuticamente correta.²⁷⁰

Kelsen e Hart ilustram bem isso, pois cada um foi um expoente da filosofia jurídica de seu próprio país de origem, o primeiro de *civil law*, e o segundo, de *common law*. Contudo, tanto um quanto outro defenderam a perpetuação do poder discricionário do juiz. Essa discricionariedade representa uma das maiores afrontas ao Estado Democrático de Direito e uma das causas de ilegitimidade do Poder Judiciário.

²⁶⁹ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Further general reflections and conclusions*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 536-539.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 90-93.

Ademais, na Inglaterra já se defendeu a teoria declaratória, segundo a qual o juiz apenas “declararia” o direito natural (tendência tradicionalmente de *civil law*), e a Alemanha foi o berço da jurisprudência dos valores (que representou uma das maiores quebras com os tradicionais métodos interpretativos do *civil law*). Ambas essas escolas, em suas respectivas origens, demonstram o equívoco de processualistas como Marinoni²⁷¹ de que o juiz no *civil law* não interpretaria o direito, mas apenas atuaria segundo a sua vontade.

Outro equívoco de Marinoni é justificar a relevância do *common law* porque nele sempre se respeitou a máxima segundo a qual “casos iguais devem ser tratados de forma igual”. O princípio da igualdade – uma das bandeiras da Revolução Francesa – serviria para que? Certamente, esse princípio pressupõe que casos iguais sejam tratados de forma igual, caso contrário não haveria igualdade entre as pessoas perante o Judiciário.

O desrespeito a esse princípio nos países de *civil law* não é um indicativo de que o *common law* lhe seria superior, mas, sim, de que não existem mecanismos idôneos para controlar a discricionariedade judicial (que permite soluções diversas para problemas parecidos), a qual também existe nos países de *common law*, podendo-se citar, no direito norte-americano, o realismo jurídico.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, uma grande quantidade de leis e emendas constitucionais foi aprovada no contexto de reforma do Poder Judiciário, sendo a ampliação da força normativa de determinados tipos de decisão judicial, notadamente do STF, uma das apostas dessa reforma.

Em sede constitucional, foram criadas a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição por descumprimento de preceito fundamental, além de se atribuir a essas ações e à ação direta de inconstitucionalidade eficácia formalmente vinculante perante a Administração Pública. Também foi criada a súmula vinculante, que também alcança o Poder Executivo, e sua inobservância desafia a reclamação constitucional, de competência do STF.

No âmbito da legislação ordinária de processo civil, foram criadas a súmula impeditiva de recurso e a técnica de julgamento de recursos por amostragem, bem como se dimensionaram diversos efeitos processuais atribuíveis a uma denominada “jurisprudência qualificada”, a exemplo do julgamento liminar de improcedência e o aumento dos poderes do Relator. O espírito dessa grande reforma foi o de acentuar o poder normativo dos tribunais superiores, e o Código de Processo Civil de 2015 mantém essas modificações e vai além, estruturando um microsistema de litigiosidade repetitiva.

²⁷¹ MARINONI, Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

Para ilustrar, o art. 926, do CPC/2015, estabelece que os tribunais devem zelar para que sua jurisprudência mantenha-se uniforme, estável, íntegra e coerente; foram criados os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência; uma das hipóteses de concessão da tutela da evidência depende da existência de tese favorável firmada pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante; a improcedência liminar dos pedidos é autorizada desde que, além de ser dispensável a fase instrutória, a pretensão autoral contrarie enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido por esses tribunais em julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; e a remessa necessária não se efetivará se a sentença estiver fundada em súmulas ou acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos repetitivos.

O art. 927, do CPC/15, também estabelece um rol de padrões decisórios que devem ser *observados* pelos tribunais, quais sejam, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Um aspecto problemático desse dispositivo é o de que parcela da doutrina²⁷² o interpreta como se o dever de observância nele estabelecido fosse equiparável ao efeito vinculante *erga omnes*, cuja referência no ordenamento jurídico brasileiro são os artigos 102, § 2º, e 103-A, ambos da Constituição, relativamente às decisões proferidas em sede de ADC e ADI, bem como às súmulas vinculantes, e o artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, relativamente às decisões que julgam a ADPF. Uma segunda questão é que os processualistas que assim entendem também defendem que o rol dos ditos “precedentes obrigatórios”, contido no art. 927, seria meramente exemplificativo, devendo-se reconhecer, na qualidade de precedente, a mesma força

²⁷² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 165-167. ZANETI JR. Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 409. FRANCO, Marcelo Veiga. *A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo, Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 530. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2, 11ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 467.

vinculante *erga omnes* a outros tipos de decisão judicial. O problemático disso é que se a própria eficácia vinculante perante todos que se busca enxergar no dispositivo em questão já é questionável por não observar os limites semânticos do texto legal, o que dizer, então, da extensão dessa suposta eficácia a outros tipos de decisão judicial que não se encontram elencados no rol do art. 927.

Para a correta compreensão dessas reformas e com a finalidade de buscar respostas adequadas às indagações lançadas no capítulo anterior, é necessário fazer uma breve reconstrução histórica do controle de constitucionalidade brasileiro, das súmulas e das técnicas de julgamento de casos repetitivos por amostragem (microsistema de litigiosidade repetitiva).

Controle de constitucionalidade

A origem do sistema de controle difuso e incidental de constitucionalidade brasileiro remonta ao direito norte-americano. Tão logo a Constituição dos Estados Unidos foi promulgada, os intelectuais e juristas da época publicaram diversos ensaios e estudos, dentre os quais o Ensaio nº LXXXVIII, de Hamilton, segundo o qual a Constituição funciona como uma Lei fundamental e superior às demais leis, de modo que, no conflito entre uma e outra, a primeira teria primazia sobre a segunda²⁷³.

Pouco depois, no paradigmático julgamento de *Marbury v. Madison* (1803), conduzido pelo *Chief Justice* John Marshall, a possibilidade do *judicial review* foi abertamente reconhecida e acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Reconheceu-se a existência de um poder jurisdicional implícito de revisão dos atos administrativos e legislativos à luz da Constituição. Diz-se implícito por que a Constituição norte-americana não prevê qualquer tipo de norma direta que confira ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, demandando, em *Marbury*, um esforço interpretativo da Suprema Corte acerca dos princípios constitucionais.

Em 1891, a Constituição Republicana do Brasil introduziu o sistema de controle de constitucionalidade nos moldes do sistema norte-americano (*judicial review*), por insistência de seu “autor intelectual”, Ruy Barbosa, o que promoveu uma mudança significativa nas instituições públicas brasileiras. Esse sistema se manteve nas Constituições que se seguiram, mas, diferentemente dos Estados Unidos, historicamente o constituinte brasileiro nunca aparelhou

²⁷³ HAMILTON, Alexander. *The Federalist* No. 78. Independent Journal, 1788. Disponível no link <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>.

as decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade pelo STF com a eficácia vinculante *erga omnes* ou com regra semelhante ao *stare decisis* (que existe nos EUA). A Constituição de 1891 silenciava quanto ao tema, e a de 1934 passou a prever a remessa da decisão declaratória de inconstitucionalidade para o Senado, regra que foi repetida nas demais Constituições, à exceção à de 1937.

Por sua vez, o sistema de controle concentrado e por ação de constitucionalidade teve origem na Áustria, por influência de Hans Kelsen²⁷⁴. A Constituição austríaca de 1920 instituiu, pela primeira vez, uma Corte Constitucional com a exclusiva função de exercer, de modo concentrado, o controle de constitucionalidade, o qual se espalhou pela Europa continental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.²⁷⁵

O controle concentrado apenas veio a integrar o direito brasileiro na Constituição da República de 1934, com a criação da representação interventiva, que conferiu poderes ao Supremo Tribunal Federal para declarar, de modo direto, a constitucionalidade da lei que decretava a Intervenção Federal.²⁷⁶ Mas foi apenas por meio da Emenda nº 16/1965 à Constituição de 1946 que se instituiu o controle concentrado e por ação de constitucionalidade, estabelecendo-se a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Desde então, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto ou híbrido²⁷⁷. A Constituição de 1988 não alterou esse quadro, embora tenha favorecido a utilização do controle concentrado ao estabelecer um extenso rol de legitimados para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade e a recém-criada arguição de descumprimento de preceito fundamental (que apenas veio a ser disciplinada pela Lei nº 9.882/99), bem como a ação declaratória de constitucionalidade, criada pela Emenda Constitucional nº 03/93, além de ter mantido a exigência da resolução senatorial para que as leis e atos incidentalmente declarados inconstitucionais pelo STF tivessem a sua eficácia suspensa.

²⁷⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 231.

²⁷⁵ FERRERES, Victor. *The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, SELA (Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper nº 39, 2004, p. 1.

²⁷⁶ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª edição, rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 31; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Controle de Constitucionalidade: aspectos contemporâneos*. In Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, coord. de Adhemar Ferreira Maciel *et al*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 162.

²⁷⁷ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª edição, rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65.

Quando criada, questionou-se a constitucionalidade da própria ação declaratória de constitucionalidade, especialmente em razão de seu efeito vinculante (que não era previsto para a ADI ou para a ADPF), ao argumento de violação da separação dos Poderes, ao contraditório e à ampla defesa, tendo sido ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, que recebeu o nº de 913, suscitando essas questões. No entanto, essa ação não foi julgada em seu mérito, em razão da ilegitimidade ativa da Associação dos Magistrados Brasileiros para manejá-la. Apesar disso, em questão de ordem na ação declaratória de constitucionalidade nº 01, os Ministros do STF foram obrigados a enfrentar essa discussão, concluindo pela validade da Emenda Constitucional nº 03/93, com divergência do Min. Marco Aurélio.

O direito positivo atribuía eficácia vinculante apenas para a ação direta de inconstitucionalidade, excluindo a ação declaratória de constitucionalidade. Mas, em razão da natureza dúplice de ambas essas ações, tais efeitos foram estendidos a esta última por força da Lei nº 9.868/99, na qual se estabeleceu que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, o que recebeu assento constitucional mediante a Emenda Constitucional nº 45/04.

Efeito vinculante e eficácia erga omnes

A eficácia *erga omnes* consiste na ampliação dos limites subjetivos de quem será atingido pelo provimento jurisdicional, mais especificamente pela sua parte dispositiva, e denota a extensão dos efeitos da decisão para todos os órgãos e entidades submetidas à aplicação do direito sem a necessidade de prolação de qualquer outro ato para tanto. Trata-se de instituto de natureza processual que alcança aqueles que não participaram do processo, mas que serão, apesar disso, atingidos pelos efeitos da decisão.²⁷⁸

Por sua vez, o efeito vinculante é instituto originário do sistema europeu de controle concentrado de constitucionalidade, não se podendo confundi-lo com o *stare decisis* (a palavra em inglês *bind* que, em tradução literal, significa *vincular*, tem acepção jurídica distinta da denominada eficácia vinculante do sistema germânico). Significa que a decisão dotada de eficácia vinculante alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que lhe deu origem,

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1276.

mas que não foi seu objeto, podendo se limitar apenas a outras decisões do Judiciário, ou se estender aos atos da Administração Pública.

Embora ambas essas eficácias estejam agregadas ao instituto da coisa julgada, a diferença entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes* consiste em que, enquanto o primeiro trata do conteúdo ou resultado da decisão e expressa a noção de *dever de execução*, o segundo estabelece quais são os sujeitos obrigados àquele conteúdo, denotando um *dever de observância*.²⁷⁹ No direito brasileiro, a eficácia *erga omnes* não é exclusiva da jurisdição constitucional, pois também ocorre quando se tratar de tutela jurisdicional de direitos coletivos (art. 103, do CDC), mas a eficácia vinculante é exclusiva do controle abstrato e por ação de constitucionalidade.

Não se deve confundir a eficácia vinculante da decisão em relação ao caso decidido (hipótese em que há coisa julgada) com a eficácia da decisão em relação a outros casos e situações particulares (hipótese em que a decisão poderia valer como precedente). Outra fundamental distinção entre o instituto da coisa julgada e o do precedente é que a coisa julgada adquire uma estabilidade que desafia apenas a ação rescisória, quando e enquanto cabível, ao passo que o precedente não é imutável na medida em que o elemento hermenêutico está sempre presente.

Isso porque a decisão de um caso nunca vale, por si só, como decisão de outro caso, de modo que o desrespeito a uma decisão na qualidade de precedente ou de paradigma decisório não pode ser tratada como uma insubordinação. Seguir, ou deixar de seguir, um precedente ou paradigma decisório é, antes de tudo, uma atribuição de sentido hermenêuticamente orientada, e não uma imitação cega ou fora de contexto.²⁸⁰

Assim, não se pode confundir o efeito vinculante a que se refere o art. 102, § 2º, da Constituição, com a força normativa do precedente judicial (*stare decisis*), por duas razões que se complementam: (1) o efeito vinculante é originário do sistema alemão de controle de constitucionalidade, cujo dimensionamento e regramento são absolutamente diversos do sistema norte-americano de controle; e (2) a Constituição não autoriza que se atribua o efeito vinculante às decisões que não realizem controle abstrato de constitucionalidade.

Essa segunda razão suscita dois antigos debates. O primeiro é sobre a transcendência dos fundamentos determinantes da decisão. Em linhas gerais, a tese da transcendência busca

²⁷⁹ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, 136.

²⁸⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81.

quebrar com a ideia de que a eficácia vinculante se restringiria apenas à parte dispositiva dessa decisão. O principal defensor, no Brasil, dessa corrente é Gilmar Ferreira Mendes, cuja inspiração remonta ao sistema constitucional alemão.

Segundo Mendes, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão seria inócua, considerando-se que pouco acrescentaria ao instituto da coisa julgada e reduziria significativamente a contribuição do STF para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. Dessa maneira, o efeito vinculante da decisão não deve estar limitado à parte dispositiva da decisão, devendo abranger, também, os seus fundamentos determinantes para lhes outorgar amplitude transcendental ao caso concreto, a fim de que os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante observem o conteúdo da parte dispositiva da decisão e a norma abstrata que dela se extrai.²⁸¹

Exemplo prático da tese da transcendência seria uma decisão do STF que declara inconstitucional determinada Lei Estadual que disciplinou tributo de competência dos Estados-membros. Caso outro Estado tenha editado Lei de conteúdo idêntico, essa decisão do STF, cuja parte dispositiva se limita ao artigo da Lei Estadual declarado inconstitucional, vincularia as Assembleias Legislativas dos demais Estados, de modo que não seria necessário o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade para se declarar a inconstitucionalidade dessa segunda Lei Estadual, de conteúdo idêntico àquela primeira, pois os fundamentos determinantes da decisão do STF transcenderiam para lhe atingir.

Contudo, mesmo na Alemanha, a tese da transcendência é polêmica. Um dos principais argumentos contrários é o de que, se o Tribunal Constitucional tivesse poderes de ditar quais são os fundamentos determinantes de suas decisões, ele estaria, no fundo, canonizando ou dogmatizando a interpretação constitucional, o que é dificilmente aceito por boa parte da doutrina, porque a vinculação – muito diferentemente do que ocorre no *common law* – se daria do geral para o particular.²⁸²

Segundo Elival da Silva Ramos, a vinculação dos órgãos e entidades públicas aos fundamentos determinantes não se ajusta ao sistema jurisdicional e revelaria uma suposta (e equivocada) influência do *judicial review* norte-americano na estruturação do sistema germânico. A atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos tem diferenças marcantes quando comparado com os julgamentos de Cortes Constitucionais de países de *civil law*, a exemplo

²⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, 1284-1285.

²⁸² SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 134.

da Alemanha. Assim, o transplante da regra do *stare decisis* para justificar a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes é problemática, ao se considerar que, na doutrina do precedente, os casos são trabalhados em suas particularidades, diferentemente do que ocorre em sede de controle concentrado e por ação pelo STF, muito embora esse tribunal continue exercendo função jurisdicional.²⁸³

Mais uma razão para não se confundir o *stare decisis* com a transcendência dos fundamentos determinantes (cuja origem é germânica) é que não há controle concentrado e por ação de constitucionalidade nos Estados Unidos ou na Inglaterra, países nos quais o *stare decisis* em matéria constitucional é mais frágil do que em se tratando de casos que envolvam apenas as leis e o *case law*. Sobretudo, o *stare decisis* é um comando flexível (especialmente em matéria constitucional), e o precedente é uma decisão que está ligada ao caso historicamente concreto e decidido, impondo-se como padrão normativo a ser aplicado ou distinguido por analogias e contra-analogias a outros casos (trata-se de uma vinculação do particular ao particular).²⁸⁴

Fosse o efeito vinculante de que trata o art. 102, § 2º, da Constituição, extensivo aos fundamentos determinantes das decisões proferidas em sede de controle concentrado e por ação de constitucionalidade (isto é, fosse esse efeito vinculante equivalente à regra do *stare decisis*), haveria uma “amarração quase sufocante” da interpretação constitucional. Isso teria especial gravidade considerando as dimensões continentais de um país como o Brasil, no qual a finalidade do sistema federativo de governo serve para dissipar o exercício do poder político. Uma coisa é a atribuição de eficácia vinculante *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade de uma lei para evitar que novos atos inconstitucionais sejam praticados, mas isso não é o mesmo que estabelecer uma padronização mecânica, ou um assenhramento da Constituição pelo STF, porque a interpretação constitucional é pluralista e hermeneuticamente aberta.²⁸⁵

Ainda sobre essa polêmica questão, a extensão da força vinculante aos fundamentos determinantes reduziria o elemento hermenêutico em matéria constitucional, quando decidida em caráter concentrado e por ação. Como visto, o efeito vinculante é um atributo da coisa julgada, a qual não se forma sobre os fundamentos da decisão ou sobre questão prejudicial,

²⁸³ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 100.

²⁸⁵ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 144.

não se podendo ignorar, ainda, a cláusula pétrea da separação dos Poderes e do sistema harmônico de freios e contrapesos.

O segundo debate é sobre o art. 52, inc. X, da Constituição, que limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle concreto às partes do processo, salvo resolução do Senado que suspenda a eficácia da lei. Diferentemente dos EUA, cujo sistema de controle difuso e incidental de constitucionalidade foi importado para o Brasil, não há, aqui, regra semelhante à do *stare decisis* (o impacto do CPC/15 nesse ponto ainda será analisado). A exigência da resolução do Senado, que teria o condão de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em controle difuso, aparentemente resolveria o problema, mas não foi isso o que a história demonstrou. Pouco a pouco, a regra que deveria estabelecer um dos principais limites entre o controle incidental e difuso e o controle por ação e concentrado de constitucionalidade foi sendo relativizada.

Em 1976, Paulo Brossard já havia traçado o panorama da *quaestio*, descrevendo as diferentes posições doutrinárias: a resolução do Senado constitui apenas um meio para tornar pública a decisão do STF, levando-a ao conhecimento de todos (Lúcio Bittencourt); a Constituição impõe ao Senado cumprir as decisões do STF, de modo que a resolução teria natureza de mera execução do dispositivo do acórdão (Pedro Chaves); a resolução seria ato vinculado do Senado, isto é, concorrendo os requisitos, não poderia ele se recusar a determinar a suspensão da lei (Alfredo Buzaid); a resolução seria ato discricionário, de modo que o Senado, analisando a conveniência e a oportunidade, suspenderia, ou não, a execução da lei (Josaphat Marinho e Aliomar Baleeiro); e, nesse exame discricionário, poderia estender, ou não, os efeitos da decisão a todos, isto é, conferir-lhe eficácia *erga omnes* (Luís Gallotti).²⁸⁶

A posição de Brossard, repugnando a ideia do Senado como um meirinho das decisões ou de um autômato, é no sentido de que “os efeitos do julgado são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado são políticos e gerais”, pois “o acórdão do Supremo Tribunal, embora unânime e definitivo, não revoga a lei, ainda que virtualmente a esterilize”, valendo apenas “como precedente a quantos estiverem em situação idêntica à do litigante que no Supremo Tribunal Federal viu reconhecido o direito em face de norma inconstitucional”.²⁸⁷

Competindo-lhe o exame de conveniência e de oportunidade para a edição da Resolução, ao Senado caberia apreciar se a inconstitucionalidade incidentalmente reconhecida estaria amadurecida no Judiciário, o que se analisaria considerando a existência e a extensão de even-

²⁸⁶ BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, abr/jun/1976, p. 56-60.

²⁸⁷ BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, abr/jun/1976, p. 61.

tuais divergências no Órgão Julgador, ou se a questão jurídica teria sido prematura ou superficialmente enfrentada pelo Judiciário.²⁸⁸

Gilmar Mendes sustenta tratar-se de instituto com mero valor histórico, fundado em uma antiquada visão de separação de Poderes. Se o STF pode, liminarmente, suspender a eficácia de uma lei em ação direta de inconstitucionalidade, por que motivo a declaração de inconstitucionalidade, no controle difuso e incidental, haveria de valer tão somente para as partes?²⁸⁹ O mesmo autor sustenta que “não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo”, porque “a própria decisão da Corte contém essa força normativa”.²⁹⁰

No mesmo sentido, Zeno Veloso, segundo o qual “não há razão para manter em nosso Direito Constitucional legislado a norma no art. 52, X, da Constituição Federal, originária da Carta de 1934, quando só havia o controle incidental”. A partir disso, o autor defende a necessidade de uma reforma, a fim de que todas as decisões do STF em exercício do poder de controle de constitucionalidade tenham eficácia *erga omnes* e vinculante.²⁹¹

A questão veio à tona no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja tese de que teria ocorrido “mutação constitucional” no texto do art. 52, inc. X, da Constituição, saiu vencedora, concluindo-se pela atribuição de eficácia *ultra partes* às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, as quais passariam a ter caráter expansivo. O Ministro Gilmar Mendes destacou que “a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade”, com destaque para a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, tendo a regra do art. 52, inc. X, passado a ter mero valor histórico.

Embora vencido, o então Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a tese da mutação constitucional seria problemática por, dentre outras razões, ampliar os poderes do órgão estatal ao qual a própria mutação aproveitaria, não se podendo ignorar, ainda, a insistência de permanência da exigência da resolução senatorial em todas as Constituições desde 1934, exceto a de 1937.

²⁸⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 343.

²⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1082.

²⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1090.

²⁹¹ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª edição, rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 58.

O Ministro Joaquim Barbosa, também divergente, ressaltou que, considerando as inúmeras modificações em matéria constitucional nos últimos anos, não era o art. 52, inc. X, da Constituição, que estava a criar obstáculos para a garantia da autoridade das decisões do STF, mas, sim, a recalcitrância de um magistrado de primeira instância em não observar o entendimento do STF, isto é, o obstáculo vinha do próprio Poder Judiciário, e não do Legislativo, cuja participação no controle difuso e incidental de constitucionalidade tem amparo no princípio democrático. O Ministro também registrou que, no caso concreto, a concessão de *habeas corpus* resolveria a situação do reclamante, não sendo necessário julgar procedente a reclamação ao grave fundamento de que a referida resolução teria importância meramente histórica, além de se também poder editar súmula vinculante, a qual seria o bastante para que se mantivesse a leitura tradicional do dispositivo questionado. Além disso, não se poderia ignorar que, desde 1988, o Senado já editou aproximadamente 100 resoluções suspensivas, indicando não se ter configurado o requisito do descompasso entre o direito e a realidade social para a caracterização de mutação constitucional.

Lenio Streck chama a atenção para o fato de que a tese da mutação constitucional foi compreendida e aplicada, mais uma vez, como solução para um suposto hiato entre o texto constitucional e a realidade social a exigir juízes atualizadores da Constituição mediante uma jurisprudência corretiva.²⁹² Com razão, o então Ministro Sepúlveda Pertence, em outro trecho de seu voto na Reclamação nº 4.335/AC, referiu-se à mutação constitucional ali sustentada como um golpe de Estado: o STF, órgão ao qual a Constituição já autoriza editar a súmula vinculante (que com um mínimo de oito votos pode alterar a Constituição e cuja revisão ou extinção pelo Congresso Nacional exige votação bicameral, três quintos dos votos e dois turnos), poderia decidir em sede de controle difuso, com o mínimo de seis votos, relevantes questões que promoveriam profundas alterações no país, e a única forma de controle dessas decisões conferido pela Constituição ao Legislativo seria retirado pelo próprio STF.

Os defensores de que o art. 52, inc. X, da Constituição, teria sofrido mutação constitucional parecem, também, ignorar uma diferença básica entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade. No controle difuso, não há, propriamente, uma decisão de inconstitucionalidade, a qual é apenas reconhecida em caráter incidental, integrando a fundamentação da decisão que julga o caso concreto. Em controle concentrado, por sua vez, a decisão que declara a inconstitucionalidade tem, por força da Constituição, uma eficácia constitutiva negativa. Diferentemente do que ocorre no controle difuso, no qual a inconstitucionalidade é ape-

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 553.

nas reconhecida na fundamentação decisória na qualidade de questão prejudicial, no controle concentrado a inconstitucionalidade é efetivamente decidida.

Daí a importância da resolução do Senado, que, por não estar vinculado ou submetido ao STF, pode, ou não, suspender a eficácia da lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida em sede de controle difuso. Caso o Senado não suspenda a eficácia da lei, o jurisdicionado que se sentir prejudicado poderá levar o seu caso ao Judiciário, para, em caráter incidental, obter o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei à luz das circunstâncias específicas de seu caso.²⁹³

Isso tem duas importantes implicações: (1) permite a coexistência da obrigatoriedade da resolução do Senado com o dever de observância ao entendimento do STF em sede de controle incidental; e (2) impede que se trate uma decisão (proferida em controle concentrado) como se precedente fosse, bem como impede que se trate um precedente (a decisão proferida em controle difuso) como se decisão (de inconstitucionalidade) fosse, pois o ordenamento jurídico não lhe atribui a eficácia vinculante *erga omnes* típica das decisões proferidas em controle concentrado.

Contudo, com relação a essa segunda implicação, não se pode ignorar que uma decisão proferida em sede de controle concentrado possa exercer uma força gravitacional sobre outros casos, hipótese em que ela funcionaria como um precedente, valendo os seus fundamentos determinantes como razões para se decidir em determinado sentido em um caso futuro.

A despeito do resultado final do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, no presente estudo adota-se a orientação segundo a qual a atribuição de eficácia vinculante *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso e incidental de constitucionalidade deve observar o disposto no art. 52, inc. X, da Constituição, cuja dispensabilidade exige a edição de Emenda à Constituição. Caso o STF queira, ele próprio, atribuir essa eficácia ampla e geral a decisões proferidas fora de controle concentrado e por ação, deverá editar súmula vinculante sobre o tema. O que não se admite é que a decisão proferida em sede de controle difuso e incidental tenha, por si só, eficácia vinculante *erga omnes*. Oportuno dizer, também, que há certa impropriedade na colocação de que a resolução do Senado atribui eficácia *erga omnes* à decisão do STF, pois a função dela é suspender a eficácia da lei, a qual, esta sim, tem eficácia *erga omnes*, que se esvazia com a suspensão.

²⁹³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Editora JusPodivm, 2015, p. 462-464.

Objetivação do recurso extraordinário?

A criação da repercussão geral e a possibilidade de modulação dos efeitos temporais contribuíram de forma significativa para que parcela da doutrina passasse a defender a aproximação entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade a partir de uma ideia de objetivação do recurso extraordinário.²⁹⁴

Essa espécie recursal é a técnica processual adequada se para se suscitar, incidentalmente, uma questão constitucional perante o STF, que deverá resolvê-la ao mesmo tempo em que julga o mérito do caso concreto. O acesso ao STF, contudo, é diferenciado, em razão de filtros constitucionais e legais criados como mecanismos dimensionados para que apenas os casos mais relevantes sejam efetivamente apreciados.²⁹⁵

Na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a então denominada “arguição de relevância” foi inserida no texto constitucional, já estando prevista desde 1975 do Regimento Interno do STF, que, neste particular, inspirou-se na ampla discricção conferida à Suprema Corte norte-americana para conferir o *Writ of Certiorari*, criado pelo *Judiciary Act*, de 1925. A arguição de relevância foi o antecedente histórico da repercussão geral, relacionada a questões de ordem jurídica, social, econômica ou política que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. É importante frisar que os aspectos econômicos, sociais e politicamente relevantes da causa devem ser – sempre – traduzíveis em argumentos jurídicos, pois ao Judiciário é autorizado decidir apenas com base em argumentos de princípios, e não por política (concepção do direito como integridade, de Dworkin).

A repercussão geral foi incluída pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentada pela Lei nº 11.418/06, a qual acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC/73. Em síntese, recebido o recurso extraordinário e distribuído entre um dos Ministros, a repercussão geral deveria ser votada, admitindo-se a participação de *amicus curiae*. Uma vez reconhecida a repercussão geral, os casos semelhantes deveriam ser sobrestados até o julgamento final do mérito do recurso extraordinário, após o que os Tribunais de origem, Turmas de Uniformização

²⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In. *Leitura complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.), Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: o processo nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Vol. 3, 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, 376.

²⁹⁵ Não se ignora a parcela de competência exercida pelo STF quando julga *Habeas Corpus*, recursos ordinários e algumas ações de competência originária, bem como a importância dos julgamentos proferidos nesses casos, mas, no presente estudo, optou-se por estabelecer um corte metodológico, a fim de se concentrar a análise no recurso extraordinário, no que diz respeito ao controle incidental de constitucionalidade.

ou Turmas Recursais deveriam analisar se o acórdão recorrido estaria de acordo, ou não, com o entendimento adotado pelo STF, retratando-se para a ele se adequarem, ou mantendo a decisão recorrida, nesse caso encaminhando o recurso extraordinário para julgamento pelo STF. Não sendo reconhecida a repercussão geral, todos os recursos extraordinários deveriam ser considerados inadmitidos, cabendo à parte prejudicada interpor agravo para destrancar o recurso extraordinário.

O novo Código de Processo Civil mantém algumas disposições de seu antecessor, mas também traz importantes mudanças, dentre elas a ampliação dos poderes do STF quando reconhecida a repercussão geral, pois agora deve ser determinado o sobrestamento de todos os processos no país que estejam tratando da mesma matéria²⁹⁶, e não apenas aqueles nos quais já interpostos recursos extraordinários na origem, valendo os fundamentos determinantes do acórdão que julgar o mérito do recurso para resolver os casos sobrestados e todos os futuros que versarem sobre a matéria decidida. Por outro lado, a negativa de repercussão geral afeta apenas recursos extraordinários já interpostos, devendo os demais casos prosseguirem normalmente.

Sem entrar em maiores detalhes sobre o processamento do recurso extraordinário (porque escapam ao tema do presente estudo), verifica-se que, segundo Streck e Abboud, as decisões do STF em sede de controle difuso e incidental possuem uma vinculação genérico-abstrata, típica do pensamento jurídico lógico e normativista.²⁹⁷ Esse tipo de decisão não possui uma vinculação histórico-concreta própria da coisa julgada *erga omnes* dos processos coletivos. A propósito, no processo coletivo, é *facultado* ao autor da ação individual previamente ajuizada requerer a suspensão de sua própria ação para se beneficiar de eventual procedência da ação coletiva, mas, no caso da repercussão geral, às partes é imposto o sobrestamento do processo até que a questão seja decidida pelo STF.

Mas será que se poderia afirmar que as decisões proferidas pelo STF em sede de repercussão geral teriam uma vinculação analógico-difusa dos precedentes judiciais? Essa espécie de vinculação já não existe em sede de ADC, ADI e ADPF, porque, como visto, a vinculação que a Constituição outorga às decisões que julgam essas classes de ações é típica de sistemas que possuem controle abstrato de constitucionalidade (o sistema Alemão, por exemplo, trabalha com a coisa julgada, o efeito vinculante e a força de lei), o que não é o caso dos EUA ou

²⁹⁶ Exceto os que ainda se encontrarem na fase postulatória, ou na instrutória.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 95.

da Inglaterra, países onde o respeito aos precedentes deriva de uma norma moral, e não da Constituição ou das leis.

No que diz respeito às decisões do STF que julgam recursos extraordinários em regime de repercussão geral, Streck e Abboud afirmam que não haveria essa vinculação analógico-difusa tipicamente dos precedentes, especialmente nos casos repetitivos (cuja sistemática se analisará no próximo tópico). Isso porque a vinculação promovida pelo CPC (a crítica fazia referência ao antigo Código, mas o novo mantém a regra) não pretende constituir parâmetro argumentativo para as partes, mas, sim, constituir-se como a regra decisória do caso concreto, como se ela já viesse pronta para ser acoplada à situação presente, dispensando a interpretação e realização do contraditório, o que é essencial na doutrina do precedente. O principal problema disso é que infinitas questões jurídicas poderiam tornar-se engessadas e de difícil revisão pelos tribunais superiores.²⁹⁸

É bem verdade que o novo CPC buscou alterar parcialmente esse quadro, ao prever diversos dispositivos que buscam incentivar que as partes e o magistrado trabalhem sob uma perspectiva dinâmica do contraditório, fundamentando especificamente as decisões, impugnando especificamente os fundamentos decisórios, estabelecendo de forma adequada as analogias e as contra-analogias entre o caso presente e o paradigma-decisório e explicitando as razões de (in)aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto.

Entretanto, durante o período de *vacatio legis* do novo CPC, foi editada a Lei nº 13.256/16, que promoveu poucas – porém profundas – alterações em relevantes institutos processuais, dentre eles a sistemática dos recursos extraordinários. Uma dessas mudanças foi o restabelecimento da competência do tribunal de origem para a admissibilidade dos recursos extraordinários e especiais, prevendo-se uma complexa sistemática recursal específica para as decisões de inadmissibilidade.

A hipótese que interessa ao presente tópico está prevista no art. 1.030, inc. I, alínea ‘a’, segundo o qual cabe ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral. Contra essa decisão de inadmissibilidade, o CPC, em seu art. 1.030, § 2º, estabelece que cabe o recurso de agravo interno previsto no art. 1.021, cujo julgamento compete ao Órgão Colegiado indicado no Regimento Interno de cada tribunal. Perceba-se que o recurso cabível não é o

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 106-107.

tradicional agravo em recurso extraordinário (art. 1.042), que, após intimação da parte recorrida para contrarrazões, deve ser diretamente encaminhado para o STF.

O problema dessa “sofisticação às avessas” do sistema recursal é que o agravo interno não é uma etapa necessária para, na hipótese de não ser provido, chegar-se ao STF. Na verdade, a decisão que julga o agravo interno não é recorrível, salvo hipótese de cabimento de embargos de declaração. Realmente, o Código não prevê nenhuma modalidade recursal para a parte destrancar o seu recurso extraordinário, caso esse tenha sido inadmitido com base no art. 1.030, inc. I, alínea ‘a’, e o agravo interno não seja provido. Se, de um lado, é possível cogitar de recurso extraordinário ou especial contra a decisão que julga o agravo interno (o que não está previsto expressamente no Código, mas nem o precisaria estar porque a regra geral é da Constituição), ou mesmo de ajuizamento de uma reclamação, de outro, o que se verifica é que a lógica das reformas processuais é mesmo a de facilitar a administração da Justiça mediante a redução quantitativa de recursos.

Nesse aspecto, os mecanismos de vinculação vertical criados para promover essa redução servem às concepções neoliberais que inspiram as reformas processuais mais recentes. Ainda que o novo Código busque implementar uma cultura argumentativa, a palavra final no caso concreto sobre questões constitucionais já decididas pelo STF muitas vezes não será dele, mas do tribunal local que aplicar o paradigma decisório, o que é especialmente perigoso quando se considera a jurisprudência defensiva criada de forma generalizada pelo Poder Judiciário e que afeta sensivelmente as decisões de inadmissibilidade dos recursos extraordinários.

O fato de o STF já ter decidido determinada questão não significa que os demais casos nos quais se cogite dessa mesma questão já estejam automaticamente resolvidos. Assim como a aplicação da lei exige esforço hermenêutico, a aplicação de uma decisão na condição de paradigma-decisório também o exige. Mas se a lei processual retira da parte a possibilidade de discutir a aplicabilidade do paradigma-decisório do STF em sede de recurso extraordinário quando, na interpretação do tribunal local, o recurso não é admissível, é evidente que a lei ordinária está reduzindo a competência do STF e aumentando a do Tribunal local de forma absolutamente inconstitucional.

Não se pode esquecer que, em se tratando de repercussão geral (tenha ela sido reconhecida, ou não), há sempre um caso concreto por detrás do julgamento do STF, e a hipótese da alínea ‘a’, do art. 1.030, inc. I, do CPC, sequer integra o microssistema de casos repetitivos. Ambos esses fatores aumentam as chances de recursos futuros aos quais o tribunal local negue seguimento guardarem razões de distinção que justificariam a admissibilidade do recurso extraordinário, e os procuradores da parte recorrente têm a responsabilidade técnica de explo-

rar essas distinções e eventuais argumentos não considerados quando do julgamento da decisão-paradigma. Mas se o tribunal local negar a existência dessas distinções ou argumentos não considerados em sede de julgamento de agravo interno, a lei processual impedirá que o STF – que deveria, desde o princípio, julgar a questão por si – exerça qualquer fiscalidade sobre a decisão do tribunal local, cuja interpretação do que o STF decidiu irá prevalecer.²⁹⁹

Se inicialmente a repercussão geral representou um instrumento de fortalecimento da integridade e coerência da jurisprudência, posteriormente, o STF se permitiu facilidades indevidas, utilizando a técnica de forma a aumentar os seus poderes. Isso se verifica a partir das teses – embora não limitadas à repercussão geral – de transcendência dos fundamentos determinantes em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle difuso e incidental por dispensa da resolução do Senado, as quais vêm ganhando espaço na jurisprudência do STF. E valendo-se de um discurso de sobrecarga de processos (o que é uma verdade, mas exige soluções diferentes e constitucionalmente adequadas), a repercussão geral, antes apenas um filtro para a admissibilidade dos recursos extraordinários, passou a constituir critério de vinculação ao mérito do caso decidido.

Esse é um grave problema que dificulta se vislumbrar, nas decisões do STF em sede de recurso extraordinário, o tipo de vinculação analógico-difusa dos precedentes judiciais, pois, apesar do parcial esforço do CPC em fortalecer o contraditório dinâmico, as decisões do STF são projetadas pela legislação para resolverem, em efeito cascata, diversos outros casos (ainda que não repetitivos), o que a prática judiciária brasileira revela se operar a partir da lógica normativa-abstrata

No que diz respeito ao segundo fator da denominada “objetivação” do recurso extraordinário, as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 passaram a autorizar o STF a modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado, desde que em decisão fundamentada no princípio da segurança jurídica ou amparada por relevante interesse social. Não se pretende, aqui, analisar os pressupostos de aplicação da técnica, nem as suas origens, mas apenas registrar que, a despeito de a norma legal se referir ao controle concentrado (ADC, ADI e ADPF), o STF desenvolveu a sua jurisprudência no sentido de também admiti-lo em outras situações, mesmo a de controle difuso e incidental.

²⁹⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. In Revista de Processo, Ano 34, nº 177, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2009, p. 38.

A relevância disso para a questão ora em análise se justifica na medida em que o reconhecimento de uma eficácia expandida das decisões proferidas em sede de controle difuso seria pressuposto para a aplicação da técnica. Tivessem essas decisões, na qualidade de precedentes, efeitos apenas *intra partes*, a modulação de efeitos careceria de utilidade prática, porque ela tem sentido quando um número indefinido, porém real, de outros casos ou situações semelhantes possa ser afetado pelos efeitos de tal ou qual decisão proferida em sede de controle difuso e incidental.

Para ilustrar, a modulação de efeitos foi aplicada no julgamento do recurso extraordinário nº 197.917, de relatoria do então Ministro Maurício Corrêa, em acórdão publicado em maio de 2004, no qual se consignou que a existência de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, havendo a “prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

Pode-se citar, também, o paradigmático julgamento proferido no *habeas corpus* nº 82.959. No caso, declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. A inconstitucionalidade do dispositivo residia justamente na afronta ao princípio da individualização da pena, porque impedia a consideração das particularidades de cada pessoa no momento de execução da pena. Entretanto, com a declaração de inconstitucionalidade, o STF restringiu os efeitos de tal declaração, não atribuindo a eficácia retroativa típica das declarações de nulidade, a fim de evitar indesejadas consequências com relação às penas já cumpridas na data do julgamento.

O STF também já reconheceu a possibilidade de atribuição de eficácia prospectiva à decisão que altera sua jurisprudência consolidada. É o que ocorreu, por exemplo, quando do cancelamento do enunciado nº 394 de sua súmula, o qual dispunha que, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. No julgamento do Inquérito nº 687, o STF modificou o antigo entendimento, revogando o enunciado sumular em questão e atribuindo à decisão eficácia *ex nunc*, a fim de que fossem preservados todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394, enquanto vigorou.

Outra interessante oportunidade em que o STF conferiu eficácia *ex nunc* à sua decisão em razão da modificação de sua jurisprudência – com referência expressa ao entendimento adotado no Inquérito nº 687 – ocorreu quando do julgamento do Conflito de Competência nº

7.204/MG, de relatoria do Ministro Carlos Britto, no qual se consignou que, numa primeira interpretação do inc. I, do art. 109, da Constituição, o STF entendera que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-membros.

Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Constituição de 1988, na verdade, conferira tal competência à Justiça do Trabalho, seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I, do art. 109, estava influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. Apesar disso, considerando o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitavam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça Trabalhista deveria ser o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual da Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

Se ainda havia questionamentos sobre a real autorização legislativa para o STF aplicar a técnica da modulação de efeitos temporais em sede de declaração incidental de inconstitucionalidade, ou mesmo se o STJ poderia aplicá-la por analogia em determinados casos de interpretação de legislação ordinária, o novo Código de Processo Civil foi expresso em admitir o uso da técnica em caso de modificação de jurisprudência (inclui modificação ou revogação de enunciado de súmula) pelo STF, pelos Tribunais Superiores e quando decorrente de julgamento de casos repetitivos (o que abrange os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, no que diz respeito ao IRDR).

Apesar de a lei processual não prever expressamente, não se deve negar a utilização da técnica na hipótese de modificação de um precedente ou de um paradigma decisório isolado, isto é, que não forme jurisprudência, desde que ele seja eficaz do ponto de vista de criação de expectativas normativas a merecerem proteção jurídica. A ausência de regra expressa sobre uma ou outra situação específica não deve obstar a modulação, pois a Constituição inaugurou uma comunidade jurídica de princípios, não havendo necessidade de o legislador exaurir absolutamente todas as situações da vida a merecerem proteção, se os princípios subjacentes às regras existentes forem suficientes para o fechamento do sistema.

Contudo, é preciso perceber que a possibilidade de modulação dos efeitos temporais das decisões do STF proferidas em sede de controle difuso e incidental não implica uma atribuição de eficácia vinculante *erga omnes*. É verdade, sim, que o pressuposto de aplicação da

técnica de modulação seja a possibilidade de uma decisão (modulada) *influenciar* outros casos concretos, mas isso ocorre devido à força gravitacional que essa decisão exerce sobre outras situações particulares e à criação de expectativas normativas que ela gera como desdobramentos dos princípios da unidade do direito e da igualdade substancial.

Também é importante perceber que a assim denominada objetivação do controle difuso, a qual traz em si uma teoria de equiparação entre as diferentes formas de controle de constitucionalidade, remete a uma tendência de parcela da doutrina em estabelecer um paralelo entre o papel das Cortes Supremas europeias, cuja função seria a garantia da uniforme aplicação do direito em abstrato, e o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores no Brasil. Na tradição das Cortes de Cassação europeias, o Tribunal se limita a anular a decisão recorrida, devolvendo a causa para sua origem para que receba novo julgamento. Por outro lado, na sistemática constitucional brasileira, a competência dos tribunais de vértice inclui a reanálise jurídica da causa.

A concepção das Cortes Supremas com função criativa dirigida ao futuro foi desenvolvida por Michele Taruffo, com a finalidade de permitir a esses Tribunais escolhas essencialmente valorativas da melhor interpretação das normas ou da escolha da interpretação justa.³⁰⁰ Nesse sentido, Daniel Mitidiero sustenta que o processo civil passou a responder por uma promoção da unidade do direito por meio da formação de precedentes, que serviriam à sociedade em geral à luz de discursos ligados às partes e à sociedade.³⁰¹

As implicações práticas dessa concepção seriam profundas: os Tribunais trabalhariam menos para produzirem mais, favorecendo a celeridade processual e a tempestividade da tutela, e o ideal seria que apenas determinadas cortes fossem vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidassem tão somente da formação de precedentes, cindindo-se os tribunais entre Cortes de Justiça, nas quais a interpretação normativa constitui o meio para obtenção da decisão justa, e Cortes de Precedentes, nas quais o caso concreto constitui apenas o pretexto para a formulação da adequada interpretação e consequente promoção da unidade do direito, autorizando-se um julgamento em tese.³⁰²

Por sua vez, as Cortes de Precedentes podem assumir diferentes perfis, quais sejam: o de Cortes Superiores, e o de Cortes Supremas. O primeiro perfil está vinculado a uma concep-

³⁰⁰ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In *Revista de Processo*, vol. 263, Jan/2017, p. 351.

³⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15-16, 26.

³⁰² MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 30-31.

ção cognitivista do direito, no sentido de que o processo civil buscaria a simples declaração de uma norma pré-existente mediante uma jurisprudência uniforme que desempenharia uma função de controle; o segundo tipo de perfil se caracteriza por uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do direito, sendo a jurisdição concebida como uma reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica, cujo escopo é dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes, com evidente assunção de um perfil altamente ativista da jurisdição.³⁰³

A proposta de Mitidiero é a de que o Supremo Tribunal Federal (e o Superior Tribunal de Justiça também) assumam o perfil de Corte Suprema, abandonando a tendência de atuar como Corte Superior,³⁰⁴ bem como que a interpretação implique sempre “uma *escolha* do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis”³⁰⁵, uma escolha que seria racionalmente controlada pela lógica e pela argumentação jurídica a serem operacionalizadas pelas Cortes Supremas.

Nessa mesma linha, Marinoni defende que os precedentes obrigatórios devem ser fixados pelas Cortes Supremas, às quais incumbe “atribuir sentido ao direito e contribuir para a sua evolução mediante decisões que não podem deixar de ter força obrigatória, na medida em que são autônomas em relação aos textos legal e constitucional, agregando algo de novo à ordem jurídica”³⁰⁶. Marinoni destaca que a evolução na teoria da interpretação revela que o intérprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis, de modo que a norma, segundo ele, não estaria implícita no texto legal.

Contra essa vertente doutrinária, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que o fato de não existir em qualquer local do mundo uma equiparação entre o controle concentrado e o difuso não deve impedir que o direito brasileiro seja original e crie a sua própria sistemática. Contudo, as teses originárias brasileiras não podem ser contrárias à Constituição. Provocativamente, desafiam que se busque estabelecer um paralelo entre a atuação do STF em sede de mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção e *habeas data* e a sua atividade em sede de controle concentrado, situações nas quais fica evidente as dificuldades em se sustentar uma equivalência entre esse tipo de controle e o controle difuso e incidental.

³⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

³⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

³⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 12.

Além disso, a norma constitucional que distribui a competência do STF para o julgamento dos recursos extraordinários estabelece, expressamente, que a ele cabe julgar “as causas decididas em única ou última instância”, e a mesma expressão, “causa decidida”, é referida no que diz respeito à competência do STJ para decidir em sede de recurso especial. Ora, se a competência constitucional dos tribunais superiores é para decidir os casos concretos – as “causas decididas” –, as teses de objetivação do recurso extraordinário, de que os tribunais superiores devem funcionar como Cortes Supremas e de que não há diferenças entre as diferentes formas de controle de constitucionalidade não estão amparadas pelo texto constitucional.

Por todo o exposto, se, de um lado, é possível reconhecer *contornos* “objetivos” ao recurso extraordinário, em razão da importância transcendental da *causa*, cujo julgamento poderá influenciar outras situações que não se limitam às partes do caso, podendo, inclusive, tornar necessária a utilização da técnica de modulação dos efeitos temporais, de outro, não se pode equiparar as decisões proferidas pelo STF por ocasião do julgamento de recurso extraordinário às decisões por ele proferidas em sede de controle concentrado e por ação de inconstitucionalidade, pois a Constituição atribui eficácia vinculante *erga omnes* apenas às decisões proferidas em sede de ADC e ADI, não dispensando a resolução do Senado para que as leis incidentalmente declaradas inconstitucionais tenham a sua eficácia executiva suspensa perante e para todos.

A questão da eficácia é essencial quanto ao ponto, pois não se pode ignorar que a principal função do STF ao julgar o recurso extraordinário é resolver um caso concreto, nos exatos termos do art. 102, inc. III, da Constituição, segundo o qual ao STF compete julgar, nessa hipótese, “as causas decididas em única ou última instância”, o que significa que o caso concreto não é apenas um pretexto para o exercício da jurisdição constitucional pelo STF. As decisões proferidas em sede de julgamento de recurso extraordinário possuem uma concretude sem equivalência nas decisões prolatadas por ocasião do julgamento de ADC e ADI, ainda que estas devam poder ser reconduzidas a alguma situação concreta do mundo jurídico.

O problema da transformação radical do controle difuso e incidental em controle concreto e por ação não é apenas conceitual. Há, no fundo, uma questão paradigmática identificada na prática judiciária brasileira relacionada a um projeto de aceleração da Justiça, cujo ideal seria permitir ao STF decidir diversas causas (ainda que não repetitivas) por concentração. Isso dificulta que se reconheça nas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário o tipo de vinculação analógico-difusa dos precedentes judiciais de *common law*. O uso descontextualizado de julgados obnubila o valor hermenêutico dos precedentes judiciais, e o aplica-

dor do direito, no mais das vezes, busca as decisões do STF proferidas em sede de controle incidental como se fossem discursos prévios de fundamentação.

Ocorre que, sem uma leitura crítica, o sistema processual brasileiro induz o aplicador a agir dessa maneira, isto é, a aceitar que a decisão de mérito do recurso com repercussão geral reconhecida será posteriormente aplicada pelas instâncias inferiores a “casos idênticos” como se isso significasse algum tipo de vinculação legal. Não existe na Constituição e na legislação ordinária qualquer preceito que estabeleça serem tais decisões “vinculantes” ou dotadas de “eficácia *erga omnes*”, como ocorre em relação à ADC, à ADI e à ADPF (esta apenas em nível legal), de modo que a ideia de que a decisão do recurso extraordinário “será posteriormente aplicada” nada mais é do que uma vontade de maximização de eficiência quantitativa.

Nesse sentido, a decisão de uma questão com repercussão geral não difere substancialmente em relação a qualquer outra decisão, senão pela influência que o julgamento irradiará para a comunidade jurídica, o que, frise-se, não ocorre por vinculação legal.³⁰⁷ O CPC/15 não altera esse quadro, ainda que preveja o efeito obstativo de recurso, reduza/dificulte o acesso ao STF quando houver questão decidida com repercussão geral, determine a suspensão dos processos até que julgado o recurso extraordinário, ou exija dos tribunais observância ao entendimento do STF. Mas em momento algum o Código atribui a “eficácia vinculante *erga omnes*”, que não se consegue extrair da simples exigência de transcendência para a configuração de repercussão geral, como pretende Marinoni³⁰⁸.

A propósito, parcela da doutrina brasileira quer enxergar na expressão “os juízes e os tribunais observarão” (art. 927, do CPC) um sinônimo para “eficácia vinculante *erga omnes*”, quando não é isso o que o Código estabelece. Aliás, o CPC sequer menciona, entre os incisos do art. 927, que os tribunais devem observância às decisões proferidas pelo STF em sede de julgamento de recurso extraordinário não repetitivo. É bem verdade que se estabelece o dever de observância às “orientações do plenário”, mas isso não abrange, por exemplo, situações nas quais uma Turma do STF reconheça, à unanimidade, a repercussão geral, o que tornaria desnecessária a remessa da questão ao Plenário. Mas isso quer dizer que o “precedente” oriundo do julgamento de recurso extraordinário “valeria menos”, ou “vincularia menos”, quando proferido pelo órgão fracionário? Sob a perspectiva hermenêutica, a resposta é negativa, pois a composição do órgão colegiado que profere a “decisão-precedente” é apenas um dos muitos fatores institucionais que influenciam na força normativa do precedente judicial, o que

³⁰⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 89.

³⁰⁸ MARINONI, Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 472.

é diferente da força vinculante *erga omnes* que alguns confundem com o dever de observância.

A repercussão geral constitui apenas um filtro, para que o STF decida as questões mais relevantes para a sociedade e não se ocupe de disputas de somenos importância, típicas “brigas de vizinho”. Mas a repercussão geral não tem o condão de criar o efeito vinculante *erga omnes*. O problema da dispersão jurisprudencial e das decisões que simplesmente ignoram a existência de entendimentos diferentes, ainda que do STF, é um problema de falta de responsabilidade política (a que alude Dworkin) dos magistrados que assim decidem. Parcela desse problema é fomentado por ideias positivistas e realistas propagadas pelo próprio Marinoni, dentre outros processualistas como Mitidiero, no sentido de que a decisão é um ato de escolha diante de diferentes “opções interpretativas”.³⁰⁹

Nesse ponto, o argumento de Marinoni é contraditório: se a decisão do STF constitui, no fundo, apenas uma “opção interpretativa”, o entendimento de um magistrado de primeiro grau que prefere optar por uma segunda via interpretativa é tão legítimo quanto o do STF. Marinoni então responderia: mas o STF é um órgão judicial de maior hierarquia, de modo que o seu entendimento deve prevalecer sobre os demais, pois a ele compete “definir” o sentido da Constituição. Ao que se contraporía: e o elemento hermenêutico das decisões judiciais? O direito se resumiria à autoridade, ao estilo de “manda quem pode, obedece quem tem juízo”? O pensamento crítico e a racionalidade são condições de possibilidade do próprio direito, de modo que haveria uma “amarrãção quase sufocante” da interpretação constitucional, caso se desse razão a processualistas como Marinoni. Além disso, as decisões do STF são textos abertos à interpretação, e a vinculação pretendida sequer resolveria o problema da dispersão jurisprudencial, pois o “problema interpretativo” não se dissiparia, o que depende de uma leitura hermenêuticamente crítica do CPC/15 e do fomento de uma “cultura argumentativa”.

Isso não quer dizer que as decisões do STF em sede de recurso extraordinário não sejam importantes. O que se sustenta é que a irradiação da influência de suas decisões deve partir do resgate do valor hermenêutico das decisões judiciais, que podem e devem conter níveis de generalização na medida em que a integridade e a coerência normativa o exijam, sempre à luz dos fatos concretos da causa e com a consciência de que não se decide um caso para se resolver outros³¹⁰. Apenas a partir de uma hermenêutica constitucionalmente adequada da reper-

³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

³¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 727.

cussão geral e da função jurisdicional é que as decisões do STF poderão ser lidas como verdadeiros precedentes, os quais não nascem prontos e não devem ser compreendidos como respostas automáticas à espera de acoplamento para se resolver um problema quantitativo.

As súmulas

Por obra do então Ministro do STF, Victor Nunes Leal, os enunciados de súmulas, que muito se assemelham aos assentos portugueses³¹¹, estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde a década de 1960, sendo o seu histórico de criação quase anedótico, conforme o seu próprio mentor confessa:

Por falta de técnicas mais sofisticadas, a Súmula nasceu – e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual – da dificuldade, para os Ministros de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. Daí surgiu a ideia da Súmula, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Ministros Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves – tanto estimularam. E se logrou, rápido, o assentimento da Presidência e dos demais Ministros. Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a Súmula é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como dos seus primeiros 370 enunciados. Esse trabalho estendeu-se às minúcias da apresentação gráfica da edição oficial, sempre com o apoio dos colegas da Comissão, já que nos reuníamos, facilmente, pelo telefone.³¹²

Concebidas para facilitar o acesso dos Ministros a temas já enfrentados anteriormente, em uma época na qual a pesquisa por julgados não contava com as facilidades modernas decorrentes da *internet*, as súmulas se tornaram uma importante ferramenta não apenas para o STF mas também para os demais tribunais, que passaram a sintetizar entendimentos em enunciados sobre determinada questão.

³¹¹ ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC-SP, 2009, p. 241. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes*. 2014, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>

³¹² NUNES, Victor. Conferência em Santa Catarina, 1981. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006, p. 34.

Rapidamente, os enunciados de súmula foram albergados pela legislação processual como mecanismos de impedimento de recursos previstos em hipóteses de negativa de seguimento monocraticamente pelo Relator. Posteriormente, a denominada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04) criou a súmula vinculante, privativa do STF e à qual é atribuída eficácia vinculante contra todos. Mais recentemente, com a promulgação do CPC/15, passou-se a estabelecer que todos os juízes e tribunais devem observar (art. 927) os enunciados de súmula vinculante (inc. II) e os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc. IV).

A principal questão que a utilização das súmulas evoca é a sua necessária diferenciação do precedente judicial. Nas palavras de Streck, “o ‘precedente’ não cabe no enunciado!”³¹³ Somente o exame do caso à luz de suas particularidades e considerando os fundamentos determinantes do precedente (ou do paradigma decisório) é que se torna possível uma resposta constitucionalmente adequada com base na súmula.

Sobretudo, a sua aplicação exige que seja interpretada a partir dos casos precedentes que lhe deram origem, razão pela qual é tão importante que o tribunal, ao editar um novo enunciado, atenha-se às circunstâncias concretas, fáticas e jurídicas, dos julgados que externam o entendimento que se pretende sumular. Isso é condição de possibilidade para que, posteriormente, ao se interpretar o novo enunciado, o aplicador não enfrente problemas decorrentes da discrepância entre o sentido da súmula e o sentido dos precedentes que lhe dão amparo, o que certamente prejudicará a aplicação correta do enunciado.

Por isso é que, de forma salutar, o CPC/15, em seu art. 926, § 2º, estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Completando a hermenêutica das súmulas, os incisos V e VI, do art. 489, § 1º, exigem que, ao se invocar enunciado de súmula, sejam identificados os seus fundamentos determinantes e as razões pelas quais esses fundamentos são aplicáveis, ou não, ao caso concreto, o que apenas é possível a partir da análise dos julgados que originaram o entendimento sumulado.

Essas disposições devem ser levadas a sério, especialmente em um cenário no qual as reformas processuais têm sido inspiradas em discursos de aceleração do procedimento e de redução da cognição. Embora as súmulas possam representar poderosas ferramentas de aplicação do direito, pois simbolizam (devem simbolizar) a jurisprudência do tribunal, elas rapi-

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 728.

damente podem contribuir para o esquecimento do mundo concreto, servindo para o encobrimento dos fatos da vida.³¹⁴

Esse alerta é ainda mais importante no que diz respeito às súmulas dos tribunais superiores, que são as mais consultadas pelos profissionais do direito, inclusive outros juízes e tribunais, por duas razões que se completam: primeiro, porque as regras sobre os recursos extraordinários e especiais já contribuem bastante para o alheamento do direito em relação aos fatos da causa, de modo que as súmulas criadas pelo reiterado entendimento oriundo do julgamento desses recursos têm uma forte tendência de manifestar a mesma lógica de cisão entre o direito e o fato; segundo, porque a jurisprudência formadora dos enunciados de súmula é filtrada pelo efeito seletivo do juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais interpostos e que são admitidos pelos tribunais superiores, cuja função de uniformização do direito constitucional e infraconstitucional será sempre parcial, no sentido de que a vida é muito mais complexa do que a fração daquilo que está refletido nos recursos que devem julgar.

Esse efeito seletivo está presente de forma generalizada no Judiciário (de modo que as considerações sobre ele se aplicam ao direito jurisprudencial como um todo), mas tem especial pertinência em se tratando das súmulas. Frederick Schauer³¹⁵ explica que, considerando que uma variedade de casos raramente é disputada no Judiciário (pelo menos até a última instância), seja por se tratarem de casos fáceis ou por não haver interesse de alguma das partes em dar início ou continuidade a um processo judicial, os casos que são submetidos à apreciação jurisdicional representam uma amostragem distorcida dos eventos jurídicos como um todo.

Por isso, tomar apenas as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ como representativas do direito nacional pode gerar um problema de diminuição da importância institucional dos demais tribunais pátrios no desenvolvimento do direito. Isso também pode engendrar uma dependência sistêmica dos tribunais de vértice, no sentido de que apenas se poderia confiar em sua jurisprudência (do que as súmulas são um reflexo), além de limitar o direito uniformizado ao restrito quadro de casos que são julgados por esses tribunais.

Como sustentando em outra sede, em coautoria com Nunes e Pedron³¹⁶, a uniformidade do direito e a estruturação de um sistema racional de precedentes, embora desejáveis, devem refletir um compromisso compartilhado e integrado entre todos os órgãos jurisdicionais (ins-

³¹⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

³¹⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press, 2009, p. 21-22.

³¹⁶ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In *Revista de Processo*, vol. 263, Jan/2017, p. 359.

tâncias ordinárias e extraordinárias), não podendo ser concentrado apenas no STF e no STJ. É preciso compreender os demais juízos como participantes ativos no desenvolvimento do direito mediante um sistema de direito jurisprudencial, sob pena de se oferecer à sociedade civil um quadro distorcido e parcial do que são os direitos e os deveres de cada um.

O microsistema de litigiosidade repetitiva

Um dos capítulos mais negligenciados no estudo do direito processual é o da pesquisa das causas e espécies de litigiosidade, pois normalmente se preocupa mais com as consequências das demandas do que com os seus gatilhos.³¹⁷ A importância disso se destacou, especialmente, a partir do Segundo Pós-Guerra, com os movimentos de acesso à Justiça e a universalização dos serviços básicos, quando o tradicional esquema de conflitos individuais cedeu espaço para outros tipos de litigiosidade, quais sejam, a coletiva, a de interesse público e a repetitiva, cada uma com peculiaridades próprias a exigirem tratamento processual constitucionalmente adequado.

Realmente, o direito processual tradicional, vocacionado para resolver demandas particulares, demonstrou sinais de fragilidade diante de certos fenômenos sociais, dentre eles a massificação das relações jurídicas, nas quais se discute a reparabilidade de danos que atingem um espectro amplo de cidadãos. A assim denominada litigiosidade repetitiva, que se estrutura sobre pretensões individuais isomórficas, traz grandes desafios para o processo civil, inúmeros problemas a serem dimensionados e disciplinados, a exemplo do abarrotamento dos órgãos judiciais com demandas substancialmente semelhantes, as soluções distintas conferidas a esses casos e a diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e ocasionais.

Um dos mecanismos desenvolvidos para se enfrentar esse tipo de litigiosidade é a técnica de julgamento da causa-piloto (por amostragem ou pinçamento), introduzida pela Lei nº 11.418/06, que incluiu os arts. 543-A a 543-C no CPC/73, posteriormente reformado pela Lei nº 11.672/09. Isso evidenciou uma aposta do Poder Legislativo em enfrentar os diversos problemas gerados pela litigiosidade de massa a partir da criação e valorização de paradigmas-decisórios.

³¹⁷ THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 377-380.

O CPC/15 se alinha a essas reformas e sistematiza um microsistema de litigiosidade repetitiva, nos termos de seu art. 928, segundo o qual, para os fins do Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos. No presente tópico, não se objetiva analisar os procedimentos específicos de cada uma dessas técnicas processuais, mas apenas se problematizar, de maneira crítica e geral, os institutos processuais ligados a esse microsistema.

Perceba-se que essa aposta não procura enfrentar as causas da litigiosidade repetitiva, que são bastante relacionadas à ausência de uma atuação efetiva das agências reguladoras, dos amplos poderes reconhecidos ao Banco Central e às instituições financeiras, ao estado de baixa constitucionalidade experimentado pelo Brasil, à advocacia, particular e pública, irresponsável, à ausência de implementação de políticas públicas (notadamente na saúde), enfim, a um quadro generalizado de desrespeito aos direitos fundamentais e de falta de estrutura institucional suficientemente preparada para lidar com esse preocupante quadro sistêmico. Contudo, por uma questão de corte metodológico e em razão do limitado escopo do presente estudo, não serão abordadas as soluções que a melhor doutrina desenvolve para enfrentar as causas do que representa um dos maiores desafios do Judiciário contemporâneo, de modo que o tema será analisado sob a perspectiva das técnicas de julgamento dimensionadas pelo legislador relativas ao tipo de litigiosidade em questão.

A técnica de julgamento da causa-piloto é inspirada em uma lei alemã de 2005, que introduziu o processo modelo nas controvérsias do mercado de capital, cujo objetivo foi o de resolver de forma idêntica questões controversas em causas paralelas, mediante paradigma-decisório proferido pelo tribunal regional a partir do qual se julgariam as especificidades de cada caso semelhante. A ideia geral da causa-piloto é a de decidir o caso específico em julgamento ao mesmo tempo em que se cria um padrão decisório para servir de referência para a solução de uma pluralidade indeterminada de outros processos conduzidos por indivíduos ou grupos titulares do mesmo interesse controvertido.

Tratava-se de uma lei experimental, que deveria se limitar aos processos no campo do mercado de capitais, mais especificamente no que concerne o caso *Deutsche Telekom*, e com eficácia predeterminada para durar pelo período de cinco anos, muito embora tenha sido incorporada ao Código de Processo Civil alemão, sendo, ainda, de pouca utilização. No caso da *Telekom*, em razão de uma suposta veiculação de informações equivocadas sobre a extensão do patrimônio da sociedade em duas circulares de ofertas de ações, aproximadamente 15 mil investidores se sentiram lesados e, representados por mais de setecentos e cinquenta advoga-

dos diferentes, propuseram inúmeras ações judiciais em face da empresa perante a corte distrital de Frankfurt.

Após quase três anos sem que se designasse uma única audiência, alguns investidores se queixaram perante o Tribunal Constitucional Federal, alegando negativa de acesso à justiça, a qual foi rejeitada. Apesar disso, reconheceu-se a necessidade de a corte distrital agilizar a tramitação das ações ajuizadas. O Legislativo reagiu, aprovando a lei do procedimento-modelo para o mercado de capitais com a finalidade de facilitar o processamento de todas as ações, havendo três fases distintas a serem observadas: na primeira, a corte distrital, a requerimento de uma ou mais partes envolvidas, deveria eleger uma causa representativa da controvérsia e submetê-la ao tribunal regional; na segunda, o tribunal deveria processar a causa “pinçada”, observando os procedimentos legais para a realização de audiências e produção de provas, resolvendo as questões de fato e de direito; e na terceira, todas as demais causas, sobrestadas em primeira instância, deveriam ser decididas com base na decisão-modelo, nos termos em que resolvido pelo tribunal regional.

Embora discricionária a escolha da causa-piloto, dever-se-ia observar a amplitude e a abrangência de questões fáticas e jurídicas das causas cogitadas para serem remetidas ao tribunal regional, a fim de se evitar a prolação de uma decisão padrão superficial. Em termos de eficácia da decisão-modelo, ela afetaria, por óbvio, o representante da causa, assim como os demais demandantes, mas estes apenas estariam vinculados na medida de sua participação no procedimento. Desse modo, aqueles que se incorporaram muito tardiamente ou que não participaram, por justo impedimento, do julgamento da causa-piloto não seriam afetados pela decisão, em respeito ao princípio do contraditório como garantia de influência.³¹⁸

Nas demandas de massa, as pretensões controvertidas nos diversos processos decorrem de posições jurídicas subjetivas homogêneas, assemelhando-se entre si por compartilharem de uma mesma questão de direito. Não se exige a absoluta identidade entre as questões de fato, porque cada caso comporta particularidades únicas. Em que medida as diferenças existentes são relevantes para a identificação das semelhanças ou distinções entre as questões jurídicas, apenas a análise do caso concreto à luz da hermenêutica possibilitará identificar e valorar essas diferenças.

A técnica de julgamento de casos repetitivos parte do pressuposto de que determinadas situações da vida criam posições subjetivas e jurídicas idênticas para um número indetermi-

³¹⁸ NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. *Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*. In FREIRE, Alexandre *et al* (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 475-479.

nado, porém expressivo, de pessoas. A forma dimensionada pelo Legislativo brasileiro para enfrentar essa inexorável realidade foi a de reunir os casos repetitivos para que, a partir do julgamento de dois ou mais deles, todos estejam em condições de ser resolvidos. Essa é a essência da técnica, que se reproduz no julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como no julgamento do IRDR.

Especificamente no que diz respeito aos recursos excepcionais repetitivos, o art. 1.036, do CPC, estabelece que, existindo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, deverá haver afetação para julgamento. O Presidente ou o Vice-Presidente do tribunal local deverá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, que deverão ser encaminhados para o STF ou STJ, para fins de afetação e suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a questão e tramitem no território nacional. O relator no tribunal superior também poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, bem como solicitar informações, admitir a participação de *amicus curiae* e marcar audiência pública para debater a questão. Uma vez julgado o(s) recurso(s) representativo(s) da controvérsia, a tese jurídica deverá ser aplicada em efeito cascata a todos os processos que foram sobrestados, constituindo técnica de coletivização de julgamento de recursos³¹⁹.

O IRDR, por sua vez, é cabível sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, desde que já não exista recurso excepcional repetitivo afetado, cujo processamento e julgamento terão prevalência sobre o IRDR. A admissão do incidente acarreta a suspensão de todos os processos pendentes que tramitam no Estado ou na região e que versem sobre a mesma questão jurídica, podendo a eficácia suspensiva se expandir para o território nacional. O relator poderá requisitar informações e o Ministério Público deverá ser intimado, com a admissão de *amicus curiae*. Concluído o julgamento do incidente, a tese jurídica estabelecida deverá ser aplicada a todos os processos sobrestados e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Das diferenças havidas entre a lei brasileira e a de inspiração alemã, uma já se destaca: o CPC (arts. 976, inc. I, e 1036) cindiu as questões de direito das de fato, ao contrário da lei alemã, que não fez essa distinção. A separação entre uma a outra reproduz uma defeituosa tradição brasileira de subdimensionar os fatos, tratando as questões de direito como se fossem “exclusivamente de direito” e preferindo uma leitura exegética dos paradigmas decisórios. A

³¹⁹ PEREIRA, Hugo Filardi. *Decisões coerentes: valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 170.

abstração excessiva das questões de direito pode conduzir a um artificialismo e empobrecimento do discurso jurídico, o qual pressupõe uma ilustração da sua possibilidade de aplicação (os fatos da vida, o cotidiano). O risco disso é a hiperintegração do direito e o desvio, pelo Judiciário, de suas competências constitucionais, que não o autorizam a editar normas de caráter geral, mas é isso o que ocorre quando o discurso jurídico se abstrai excessivamente dos fatos das causas concretas que lhe são submetidas.³²⁰

Evaristo Aragão Santos³²¹ estabelece uma distinção na formação dos precedentes judiciais que será relevante para a compreensão de um ponto fulcral na aplicação da técnica em análise. O processualista chama a atenção para o fato de o Brasil ser um país de proporções continentais e com uma sociedade massificada, o que faz com que uma questão jurídica possa ser submetida ao Judiciário inúmeras vezes em todo o território nacional. Por isso, é até mesmo natural e inevitável que, em um primeiro momento, um juiz do Estado de São Paulo decida determinada questão de forma diferente da de um juiz no Estado da Bahia.

Embora Santos, por um lado (e infelizmente), repita a lição kelseniana das múltiplas interpretações viáveis (o problema da discricionariedade que isso acarreta já foi enfrentado), por outro, estabelece a importante distinção entre a formação *dinâmica* e a formação *estática* do precedente judicial. O autor indaga em que medida essa diferenciação influenciaria na qualidade (e até mesmo na força de *persuasão*) das decisões judiciais que, futuramente, podem vir a constituir precedente sobre determinada matéria, refletindo o *melhor*³²² entendimento *possível* sobre uma questão jurídica.

Na formação estática do precedente, Santos identifica um menor interesse no estabelecimento de um entendimento que se legitime por si próprio e pela participação conjunta dos sujeitos processuais e um maior enfoque na fixação o mais célere possível de um entendimento que sirva de padrão formalmente obrigatório. Por sua vez, a formação dinâmica se aproveita do movimento próprio do sistema jurídico, propiciando a participação democrática dos su-

³²⁰ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. *Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015*. In Revista de Informação Legislativa, ano 52, nº 208, Brasília, out./dez. 2015, p. 194-195.

³²¹ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In direito Jurisprudencial. Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 154-175.

³²² Ao se referir à *melhor*, e não à *única* resposta (ou entendimento), Santos expressamente rejeita Dworkin, sob o equivocado argumento de que lhe “parece empiricamente inviável pensarmos em uma única interpretação correta”. Nesse ponto, o processualista ignora, de forma imperdoável, o princípio de Hume na teoria Dworkiana. Além disso, rejeita-se a concepção de Santos de que o precedente judicial deva representar a materialização de um consenso da maioria em torno do melhor entendimento possível sobre uma questão jurídica (*op. cit.*, p. 156), pois os consensos podem levar a propostas conciliatórias, e essas propostas podem contaminar a decisão com argumentos de política. A concepção de Santos também parece ignorar (ou atribuir pouca importância) ao elemento hermenêutico da decisão judicial, o que é essencial para se enfrentar o “problema-das-múltiplas-respostas”. Contudo, partilha-se da opinião do processualista de que a formação legítima dos paradigmas-decisórios é a dinâmica.

jeitos processuais na obtenção de uma solução justa e legítima. A dinamicidade da formação do precedente exige o respeito ao modelo constitucional de processo, a fim de se viabilizar e privilegiar a realização do princípio do contraditório como garantia de participação processual.

A formação dinâmica resgata a importância dos juízos de primeiro grau de jurisdição. Ainda que não formem jurisprudência, todas as decisões, ainda que sejam sentenças de primeiro grau, contribuem na construção dinâmica do precedente, pois é a partir da atividade processual da primeira instância que, na fase probatória, todos os fatos relevantes são postos, e as primeiras interpretações sobre esses fatos são feitas pelas partes e pelo próprio magistrado. A diversidade de entendimentos chegará aos tribunais ordinários, que serão provocados a se manifestar e formar a sua própria jurisprudência e zelar para que ela seja mantida uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926).

A tendência inicial é que cada órgão fracionário estabeleça o seu próprio entendimento, mas à medida que o tempo passa e os casos são julgados, torna-se relevante que o tribunal leve a sério os deveres institucionais estabelecidos no art. 926, do CPC. Finalmente, eventuais entendimentos contrastantes entre os tribunais chegarão a conhecimento dos tribunais superiores, nos quais o mesmo movimento se repetirá, até que o posicionamento a respeito do tema seja amadurecido e consolidado. Tudo isso depende da realização adequada e robusta de uma fase de conhecimento em primeira instância e, sempre, do respeito à adequada fundamentação decisória e ao contraditório dinâmico, a fim de que todos os fatos sejam valorados de forma justificada, bem como todos os argumentos sejam enfrentados da mesma forma.

Lucas Macêdo, concordando com Santos, argumenta que a formação dinâmica, ou da base para o topo, é a melhor alternativa (a constitucionalmente adequada, melhor dizendo). O movimento contrário (do topo para a base) implica o aumento da margem de erro da solução adotada, porque o tribunal superior recebe o debate sem amadurecimento, o que favorece a perpetuação de erros³²³. Considerando a sistemática de recorribilidade de acórdãos com base em entendimentos estabelecidos em casos repetitivos, esses erros podem se tornar quase impossíveis de serem corrigidos, agravando o problema.

Dierle Nunes, a partir da perspectiva do processualismo constitucional democrático, sustenta que, para se evitar a formação e aplicação equivocadas de paradigmas decisórios, deve-se promover (1) o *esgotamento prévio* de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados, o que exige o amadurecimento do discurso jurídico sobre determinada questão

³²³ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Editora JusPodivm, 2015, p. 510-511.

antes que se promova o julgamento da causa modelo tão somente porque se identificou a existência de múltiplos casos envolvendo a referida questão; (2) a reconstrução histórica institucional de aplicação de determinada tese ou instituto com respeito à integridade do direito; (3) a manutenção da estabilidade decisória dentro de um mesmo tribunal, censurando-se tentativas de certos magistrados ou órgãos fracionários de considerarem apenas os seus entendimentos pessoais; (4) o caráter discursivo de aplicação, a fim de que os padrões decisórios não sejam aplicados de forma mecânica; e (5) o delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção e de superação de padrões decisórios.³²⁴

Todas essas exigências são hauridas da experiência do *common law* – tradição jurídica da qual, na perspectiva de Nunes, o direito brasileiro estaria se aproximando –, mas que podem ser recebidas pelo direito processual pátrio por serem adequadas ao modelo constitucional de processo, especialmente por promoverem o contraditório dinâmico, a exigência da justificação fundamentada das decisões judiciais e a expansividade do processo. Essas exigências concretizam o que Santos acima havia se referido por formação dinâmica do paradigma decisório e se traduz na ideia, muito bem exposta por Georges Abboud, de que os paradigmas decisórios (a constatação também vale para a repercussão geral, as súmulas e qualquer decisão com aptidão de influenciar o julgamento de outros casos) constituem apenas o ponto de partida (*starting points*) para o debate processual.³²⁵

Para o adequado cumprimento dessas exigências, é necessário que se desconstrua a ideia de que a função primordial dos paradigmas decisórios seria a redução quantitativa dos litígios. Discursos dessa natureza são característicos do paradigma neoliberal e não se ajustam ao modelo constitucional de processo ou tampouco se justificam a partir de uma suposta convergência de sistemas. A função dos precedentes no *common law* jamais foi a redução quantitativa dos litígios, mas, sim, a de servir de argumentação jurídica, a fim de que os casos concretos sejam resolvidos de forma íntegra e coerente.³²⁶

Essa equivocada concepção de que o microssistema de litigiosidade repetitiva visa reduzir a quantidade numérica de processos, acelerando o procedimento judicial e encurtando a cognição, está diretamente relacionada a uma eficácia vinculante que parcela da doutrina já

³²⁴ NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo, vol. 189, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set./2011, p. 38.

³²⁵ ABOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In *Direito Jurisprudencial*. In direito Jurisprudencial. Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2012, p. 521.

³²⁶ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 114.

buscava atribuir a tais decisões durante a vigência do CPC/73³²⁷ e que, agora, sob a égide do novo Código, continua a defender. Chega-se a sustentar que o incidente processual para formação de “precedente” obrigatório (art. 927, inc. III) teria natureza de processo objetivo, o que se daria mediante uma espécie de formação concentrada de “precedentes” obrigatórios cuja fundamentação se incorporaria “automaticamente” à decisão que o invocar, sem a necessidade de se repeti-la ou elaborá-la e tornando desnecessária a observância ao art. 489, § 1º, inc. IV.³²⁸

Há dois graves problemas nisso: um hermenêutico e outro dogmático. O hermenêutico consiste no resgate do exegetismo, pois se defende que os textos (agora os jurisprudenciais) bastariam por si sós: não seria mais necessário sequer justificar porque os argumentos das partes capazes de infirmar a conclusão do julgamento haveriam de ser rejeitados; afinal, sob essa perspectiva, o texto da decisão-modelo seria autoexplicativo e se aplicaria automaticamente ao caso concreto, de modo que a atividade jurisdicional passaria a ser de mera conferência de analogias e distinções. Contudo, essa linha doutrinária ignora ou desconhece que a identificação de analogias e contra-analogias constitui uma atividade interpretativa hermeneuticamente guiada, exigindo a atribuição de sentido ao texto do paradigma-decisório, que não se aplica automaticamente e suscita o mesmo tipo de “problema” interpretativo que a Constituição e as leis suscitam.

A doutrina que defende a ideia de que o processo de formação de decisões-modelo teria uma (imaginada) natureza objetiva não percebe que um dos problemas iluministas com relação às leis gerais e abstratas foi o da aplicação dessas leis a situações sempre particularizadas, determinadas e concretas. Deve-se lembrar que é esse o tipo de situação (o caso concreto) que os tribunais pátrios têm o dever constitucional de enfrentar em qualquer das hipóteses integrantes do microssistema de litigiosidade repetitiva. Caso a aplicação desse instituto siga a mesma linha exegeta, mediante uma objetivação do procedimento, ter-se-á o mesmo problema, somado a outro, o de que, por não existirem sociedades com fundamentos absolutos e

³²⁷ Por todos: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 519. Para Bruno Dantas Nascimento, a consequência prática é que todos os acórdãos impugnados nos recursos sobrestados deixam de existir juridicamente tão logo seja proferida o julgamento da causa-piloto, algo que nem mesmo a existência de disposição constitucional ou legal em sentido contrário é capaz de promover. NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Tutela recursal plurindividual no Brasil: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos*. Tese de Doutorado, São Paulo, PUC, 2013, p. 157.

³²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2, 11ª ed., Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 478-479.

imutáveis, o caráter geral e abstrato das normas nunca reduz, mas, pelo contrário, incrementa e sofisticada a complexidade social.³²⁹

Exemplo de aplicação automática de paradigmas decisórios estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de casos repetitivos ocorreu nos autos da ação revisional de contrato de cartão de crédito nº 1742041-58.2013.8.13.0024. Os paradigmas envolvidos foram estabelecidos no julgamento do REsp nº 1.061.530/RS e do REsp nº 973.827/RS, nos quais o STJ definiu um critério fático, colhido do mercado financeiro, para a verificação da abusividade na cobrança dos juros bancários em cartão de crédito. Esse critério consiste justamente na taxa média de mercado, que, uma vez identificada mediante prova, deve ser comparada às taxas reais cobradas no caso concreto, a fim de se averiguar se a alegada abusividade tem procedência, o que se confirmará se a taxa concreta, cobrada no caso, for superior a vez e meia à taxa média de mercado.

No caso concreto, a parte autora pretendia a revisão de contrato de cartão de crédito, a fim de que, declarada a abusividade dos juros remuneratórios que lhe eram cobrados no patamar de 15% a.m., estes fossem reduzidos para a taxa média de mercado, que, na época do contrato, era de aproximadamente 5% a.m. Para fazer prova da abusividade, a parte autora anexou à petição inicial a relação completa das taxas de juros praticadas por trinta instituições bancárias, o que foi obtido no sítio eletrônico do Banco Central, além de ter requerido a realização de prova pericial com o objetivo de que fossem confirmadas as suas afirmações sobre a abusividade.

A prova pericial foi indeferida, ensejando a interposição de agravo retido, e, na sentença, o juiz se limitou a afirmar que o Judiciário não pode intervir na regulação do crédito, aplicando o *pacta sunt servanda* e ignorando a jurisprudência do STJ, que admite a revisão contratual. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento ao agravo retido, ao fundamento de que a matéria de juros bancários seria de direito; no mérito da apelação, por sua vez, entendeu não ter sido a abusividade demonstrada, considerando que seria questão de fato e que, à luz dos paradigmas decisórios, não teria se caracterizado a cobrança abusiva de juros. Aqui começam os desvios interpretativos dos paradigmas do STJ e a sua aplicação de forma descontextualizada e automática.

O TJMG ignorou que a petição inicial foi acompanhada dos documentos do Banco Central que trouxeram a relação das taxas cobradas pelas instituições financeiras, demonstrando

³²⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2011, 134-135.

que a média de mercado erigida pelos paradigmas do STJ como parâmetro para a declaração da abusividade era substancialmente inferior às taxas praticadas no caso concreto, que era três vezes superior à média. Em momento algum as taxas reais e a média de mercado apontadas pela parte autora foram sequer mencionadas na decisão do TJMG, de modo que, ausente qualquer referência a essas taxas, é evidente que elas não foram comparadas para se verificar se a taxa real seria, afinal, vez e meia superior à taxa média de mercado.

Foram interpostos embargos de declaração, apontando grave omissão quanto à prova produzida nos autos e, também, contradição por se ter negado razão à parte autora por suposta ausência de prova e, ao mesmo tempo, ter-se mantido o indeferimento de produção da prova pericial. Julgando os embargos, o TJMG manteve a sua posição original, destacando que a parte deveria ter trazido aos autos prova documental que demonstrasse a diferença da taxa cobrada com as praticadas no mercado, durante o período questionado, o que não ocorreu, sendo que “referidos índices estão disponibilizados facilmente em diversos sítios, inclusive do Banco Central”.

Novos embargos de declaração foram interpostos, apontando-se omissão quanto à existência da documentação que o TJMG afirmara não existir, qual seja, a relação com as taxas praticadas pelas mais diversas instituições bancárias e que havia sido juntada pela parte desde o ajuizamento da ação, ao contrário do que afirmado no acórdão. Entretanto, os segundos aclaratórios também foram rejeitados, ao fundamento de que a existência da dita documentação não teria fugido ao conhecimento do Relator, mas que, diante de seu conteúdo, foi decidido que as taxas cobradas não eram abusivas – a pergunta que se faz é: se não houve qualquer comparação ou menção às taxas e se o Relator afirmou que a parte deveria ter juntado os índices fornecidos pelo Banco Central, quando elas foram comparadas para se decidir pela ausência de abusividade? Esse é o perfeito drama kafkiano: juntou-se a prova, mas esta foi ignorada e, chamando-se a atenção para sua existência, disse-se que ela foi apreciada. A questão é que em momento algum os índices descritos nessa prova sequer constaram de quaisquer das decisões proferidas no caso concreto, assim como também sequer foram mencionados os percentuais dos juros cobrados da parte, pois a abusividade foi afastada não em razão da análise dos documentos em questão, mas por (suposta) ausência de prova.

Foi, então, interposto recurso especial com dois capítulos distintos: o primeiro, de violação ao art. 1.022, do CPC, em razão dos equivocados julgamentos dos embargos de declaração; o segundo, por violação a diversos dispositivos que disciplinam o direito probatório como desdobramento do princípio do contraditório dinâmico. Na decisão de admissibilidade, o Terceiro Vice-Presidente afirmou não ter havido violação aos dispositivos legais apontados,

além de ter especificado que, quanto à questão probatória, o acórdão recorrido teria observado corretamente os paradigmas decisórios do STJ. Contudo, não percebeu que os paradigmas do STJ não estabeleceram o percentual a partir do qual a taxa de juros é considerada abusiva, mas apenas definiram as premissas para que, no caso concreto, pudesse-se identificar se houve, ou não, abusividade, o que exige a comparação entre a taxa cobrada e a média de mercado.

Em sede de agravo interno, argumentou-se que ambas as questões (das provas pericial e documental) e os seus respectivos desdobramentos processuais (o indeferimento da primeira e a omissão quanto à segunda) estão coimplicados: o indeferimento da prova pericial concentraria o ônus argumentativo do julgamento de improcedência na análise da prova documental, que não poderia ter sido ignorada como o foi; e a suposta ausência de prova cabal da abusividade pressuporia a insuficiência da prova documental para tanto, mas, em contrapartida, dever-se-ia possibilitar à parte a produção da prova pericial, que não poderia ser indeferida.

Contudo, negou-se provimento ao agravo interno, ao fundamento de que o caso teria sido julgado à luz de suas peculiaridades – e *c'est fini*. Considerando a sistemática recursal, não cabe recurso contra a decisão que julga o agravo interno, de modo que um recurso especial que trata de direito probatório não será submetido ao STJ por se entender que as teses por ele estabelecidas teriam sido observadas, o que, contudo, não ocorreu. O que se tem é que, diante de paradigmas-decisórios que apenas estabelecem critérios a serem observados nas instâncias ordinárias, negou-se o direito de uma consumidora obter a revisão de seu contrato de cartão de crédito sem que a prova produzida fosse analisada.

Muito ao contrário do que o TJMG entendeu, a abusividade dos juros remuneratórios em questão não foi decidida de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pois nem mesmo foram mencionadas as provas produzidas pela parte, mantendo-se a inadmissão de seu recurso especial porque a questão de fundo tem apenas pertinência temática com paradigmas do STJ, os quais não são autoaplicáveis nem autoexplicativos e cujos pressupostos de aplicação foram absolutamente negligenciados pelo tribunal.

Por sua vez, o problema dogmático a que se aludiu trata da eficácia vinculante que se busca enxergar nas decisões proferidas em sede de julgamento de casos repetitivos. É importante lembrar que esse tipo de eficácia está prevista, apenas, para as súmulas vinculantes e decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, por expressa disposição constitucional, bem como para as decisões que julgam a arguição de descumprimento de preceito fundamental, por força legal.

Para os defensores da tese, a suposta eficácia vinculante dos julgamentos em regime de casos repetitivos decorreria do art. 927, *caput* e inc. III, do art. 985 e do art. 1.040, incs. I e II,

todos do CPC. Além disso, a eficácia vinculante que buscam reconhecer nesses artigos transcenderia a parte dispositiva da decisão-modelo para alcançar os seus fundamentos determinantes, sendo oportuno lembrar que a tese da transcendência no controle concentrado e por ação de inconstitucionalidade (que seria o referencial dogmático para a doutrina que a defende) é uma tese doutrinariamente minoritária e jurisprudencialmente precoce.³³⁰ Esse problema dogmático será enfrentado no próximo tópico.

O novo Código de Processo Civil: sistema brasileiro de precedentes vinculantes?

No primeiro tópico do Capítulo 03, foram levantados alguns questionamentos acerca do novo Código de Processo Civil. Especificamente, questionou-se se os institutos de direito jurisprudencial previstos no Código são equivalentes aos precedentes judiciais do *common law*. No contexto delineado, a principal pergunta a ser enfrentada diz respeito à eficácia dos paradigmas decisórios dimensionados pelo Código: possuiriam esses paradigmas eficácia vinculante perante todos?

Podemos começar a formular uma resposta a essa pergunta demarcando as profundas diferenças entre o ordenamento jurídico pátrio e o *common law*. Como visto, parcela considerável da doutrina afirma que os paradigmas decisórios previstos no CPC são precedentes judiciais tais como teorizados na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Essa afirmação está equivocada, por diversas razões. A primeira delas radica-se em um argumento histórico: enquanto no *common law* a doutrina do precedente judicial foi criada e desenvolvida durante muitos séculos, os paradigmas decisórios brasileiros são impostos pela legislação processual como uma necessidade imediata para resolver um problema quantitativo.

A segunda razão é um argumento de origem. Afirma-se que o novo Código estrutura um sistema de “precedentes” em seu art. 927, cujo *caput* é seguido de cinco incisos que elencam os institutos de direito jurisprudencial a serem observados pelos juízes e tribunais, quais sejam: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

³³⁰ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 133.

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Ocorre que a vasta maioria dessas manifestações de direito jurisprudencial não tem qualquer relação com os precedentes judiciais do *common law*, a começar pelas decisões proferidas em sede de controle concentrado e por ação de constitucionalidade, cuja origem é germânica (inspiração em Kelsen). Os enunciados de súmula (que albergam as hipóteses dos incisos II e IV) têm inspiração nos assentos portugueses e se caracterizam por seu elevado grau de abstração em relação aos fatos, o que não ocorre com os precedentes. Quanto aos acórdãos oriundos do microssistema de litigiosidade repetitiva, verifica-se a existência de um parentesco entre o instituto e o procedimento-modelo alemão, e os acórdãos que decidem recursos extraordinários não repetitivos carecem de eficácia vinculante *erga omnes* até que editada a resolução do Senado. Finalmente, o inciso V se refere apenas à “orientação” do plenário ou do órgão especial dos tribunais, o que se distingue dos precedentes judiciais porque, neles, há efetiva causa decidida, e não apenas uma “orientação” (jurisprudência), além de o fator institucional relativo à composição e hierarquia do órgão julgador constituir apenas um dos muitos fatores de que a doutrina do precedente judicial cogita.

A terceira razão pela qual não há uma convergência sistêmica do ordenamento brasileiro com o *common law* consiste na distinção de finalidades: enquanto os institutos de direito jurisprudencial brasileiros são profundamente inspirados por um discurso de celeridade processual e sumarização da cognição, com o aumento dos poderes monocráticos e dos tribunais de vértice, tais finalidades, quando existentes, são apenas incidentais na doutrina estrangeira do precedente judicial, cuja função precípua é hermenêutica (segundo o marco teórico aqui adotado).

Finalmente, a quarta razão radica-se no tipo de vinculação pretendido. No *common law*, os juízes e tribunais seguem o precedente judicial por uma razão moral, pois não existe qualquer regra escrita para que assim o façam, ou tampouco uma sanção para o caso de uma inobservância ao precedente. Isso impede que se defenda a instauração, pelo CPC, de uma regra de *stare decisis* no direito brasileiro. Sobretudo, o raciocínio jurídico por precedentes é analógico-difuso e fortemente marcado pela identificação de semelhanças e distinções fáticas com o caso concreto, além de se diferenciar a força da regra do *stare decisis* conforme se interpreta a Constituição, as leis ou outros precedentes.

No Brasil, por outro lado, os institutos de direito jurisprudencial são formatados para atingirem uma abstração generalizante, sendo as regras de admissão de recursos especiais e extraordinários um importante vetor nesse sentido e que ignoram se o caso versa sobre direito

constitucional ou pertinente à legislação ordinária. Busca-se a construção de uma tese jurídica para a resolução de inúmeros casos, presentes e futuros, ao contrário do que ocorre no *common law*, no qual uma decisão judicial apenas será reconhecida como precedente pelo juiz do caso futuro (a decisão não nasce como se já fosse um “precedente”).

A percepção dessas distinções sistêmicas é importante porque não se pode argumentar em favor da importância dos institutos de direito jurisprudencial pátrios a partir de uma perspectiva neoliberal ao mesmo tempo em que se defende uma aproximação do direito brasileiro à doutrina do precedente judicial do *common law*, porque as perspectivas de ambos esses paradigmas teóricos são muito distintas: o primeiro busca resolver casos concretos no atacado, com a aplicação em cascata dos entendimentos dos tribunais de vértice; o segundo pretende a resolução concreta de cada caso a partir da integridade e coerência do direito, sem a formatação prévia de respostas à espera de acoplamento. Aprofundar (afundar) na primeira perspectiva, ou desenvolver democraticamente a segunda: essa é a encruzilhada que está diante dos profissionais do direito nesses primeiros meses de vigência do novo CPC.

O principal problema a ser enfrentado diz respeito ao efeito vinculante perante todos que parcela da doutrina busca atribuir aos institutos de direito jurisprudencial. Naturalmente, excluem-se dessa análise as decisões e as súmulas que a própria Constituição da República já estabelece serem vinculantes (art. 102, § 2º, e art. 103-A), com relação às quais o CPC sequer precisaria ter se referido, uma vez que sua força normativa independe do reconhecimento formal da legislação ordinária, que não confirma ou reforça coisa alguma: a Constituição vale por si só. O problema aqui proposto se manifesta no que diz respeito aos demais padrões decisórios referidos nos incisos do art. 927.

Um dos desdobramentos da interpretação de que o verbo *observar*, contido no *caput* do art. 927, é equivalente ao efeito vinculante consiste na inadequada equiparação, por exemplo, entre as súmulas simples e as vinculantes (nos termos da Constituição), ou entre as decisões proferidas em sede de julgamento de casos repetitivos e as decisões do STF em controle concentrado e por ação de constitucionalidade. Isso porque, no direito brasileiro, a referência dogmático-constitucional da *eficácia vinculante* encontra-se nos arts. 102, § 2º, e 103-A, ambos da Constituição, de modo que, por coerência, deve haver parametricidade entre a suposta eficácia vinculante que se quer reconhecer aos institutos previstos nos incs. III a V, do art. 927, e os disposto naqueles dispositivos que se referem expressamente a essa eficácia.

Outro intrincado desdobramento consiste no impacto das disposições da legislação ordinária no sistema de *checks and balances* e da tripartição das funções estatais, pois a vinculação a que se refere a Constituição é extensível aos órgãos da Administração Pública, que

devem dar cumprimento à parte dispositiva das decisões do STF proferidas em sede de controle concentrado e por ação de constitucionalidade e às súmulas vinculantes. Nesse contexto, é importante destacar as profundas diferenças de procedimento entre cada um desses institutos.

O tema também pode (e deve) ser problematizado a partir do princípio do contraditório. Especialmente em se tratando do microsistema de litigiosidade repetitiva, cuja inspiração foi o procedimento-modelo alemão, verifica-se uma diferença muito relevante entre os institutos brasileiros e o alemão: no instituto tedesco, a vinculação se dá apenas na medida em que as partes dos processos individuais puderam participar na formação do entendimento no caso-paradigma, isto é, nos casos registrados quando do momento de prolação da decisão, não alcançando os demais casos³³¹; no direito pátrio, por sua vez, a pretendida vinculação abrangeria todos os casos, presentes e futuros, evidenciando uma carência de suporte constitucional que valide a tese da vinculação.

Outra questão problemática diz respeito à extensão da eficácia vinculante: ela se limita à parte dispositiva da decisão, ou alcança os “fundamentos determinantes”? A propósito, há corrente doutrinária, capitaneada por Gilmar Mendes³³², que identifica a diferença entre eficácia vinculante e efeito *erga omnes* justamente no alcance de um e de outro: em termos qualitativos, ambos são equivalentes, distinguindo-se porque a eficácia contra todos se limitaria à parte dispositiva, e a eficácia vinculante colheria os fundamentos determinantes.

Essa tese já foi enfrentada em tópico anterior, mas se pode acrescer à crítica que se fez o argumento de que a Constituição atribuiu eficácia *erga omnes* e vinculante para a súmula vinculante, que se constitui de um simples texto cuja estrutura não contém fundamentação nem parte dispositiva: trata-se de um enunciado assertórico. Se por hipótese a tese de Mendes estivesse correta, também se teria de concluir que a Constituição contém palavras inúteis, uma vez que, no caso da súmula vinculante, a previsão de ambas as eficácias seria uma redundância absolutamente desnecessária.

Por isso e por tudo o mais que já se expôs sobre essa tese em tópicos anteriores, o critério para distinguir um efeito de outro não pode ser o de extensão, devendo ser qualitativo, nos termos em que proposto por Bacha e Silva: o efeito vinculante expressa um dever de execução, e o efeito contra todos denota um dever de observância.

³³¹ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. *Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015*. In Revista de Informação Legislativa, ano 52, nº 208, Brasília, out./dez. 2015, p. 197.

³³² MENDES, Gilmar Ferreira. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. 189-190.

O aspecto mais grave das linhas teóricas ora criticadas, aliada à de que os acórdãos em sede de recursos excepcionais e os que julgam casos repetitivos e o incidente de assunção de competência teriam efeito vinculante, é o do engessamento do direito, especialmente porque toda a sistemática recursal está alinhada ao discurso de que, uma vez fixadas as teses pelos tribunais de vértice, os casos posteriores devem ser decididos pelos tribunais inferiores, que poderão e deverão negar seguimento aos recursos nos quais se discuta a tese já fixada, dificultando imensamente a atualização e a revisão dessas teses pelos órgãos jurisdicionais que têm competência para tanto.

Os defensores da tese da vinculação compartilham do argumento da ausência de segurança jurídica quando as decisões dos tribunais superiores não vinculam esses próprios tribunais e os que lhe são inferiores. Entretanto, a análise feita por esses defensores se limita à perspectiva estática do princípio, como se o direito tivesse o condão de garantir uma segurança científica. São dois os problemas desse viés: primeiro, resgatam-se o exegetismo e a crença no poder do texto (as falhas e insuficiências desse paradigma já foram analisadas); segundo, ignora-se que o *common law* – do qual se retiram as lições doutrinária para os denominados “precedentes obrigatórios” – também sofre com a insegurança jurídica. Contudo, ao contrário de se intensificar o *stare decisis*, ignorando séculos de história jurídica, iniciou-se no estrangeiro um forte movimento contra decisionismos e arbitrariedades. Ronald Dworkin foi um dos principais expoentes desse movimento, que trabalha com a tese da resposta correta (função contrafática) para combater a discricionariedade judicial e a insegurança jurídica.

Sobre a questão, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud argumentam que não é o *civil law* ou o *common law* que determinam o nível de segurança jurídica de seus respectivos sistemas, mas, sim, “a qualidade de suas decisões manifestadas por um Judiciário que efetivamente leve a sério seu dever de concretizar a Constituição e a orientar a aplicação da lei em conformidade com ela”.³³³ Ainda segundo os citados juristas, o problema do Brasil é que grande parcela da doutrina entende que a insegurança jurídica deve ser enfrentada a partir de um viés quantitativo (aplicar uma decisão-modelo a inúmeros processos de uma só vez), mediante a criação de mecanismos vinculantes às decisões judiciais, mas se ignora que, em um Estado Constitucional, a própria Constituição e as leis já têm essa eficácia, ao que se acrescenta que cabe ao Judiciário aplicá-las de forma íntegra e coerente.

Na presente dissertação, concorda-se com a conclusão de Hugo Filardi Pereira em tese de doutoramento: os precedentes não devem ser classificados em obrigatórios ou persuasivos.

³³³ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs. Direito jurisprudencial*. FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 484-485.

Os precedentes são fruto da hermenêutica judicial com aptidão para criar expectativas normativas e pautar a conduta da sociedade civil, gerando previsibilidade, calculabilidade e parame-tricidade. A legislação não tem o condão de definir aprioristicamente qual decisão é mais im-portante do que a outra, ou estabelecer qual decisão deve se tornar um precedente obrigatório. Em tom ácido, Pereira compara o Legislador que editou o CPC/15 a um médico de início de carreira, pois se optou por prescrever um remédio para a tutela jurisdicional sem contingenci-ar os seus efeitos colaterais.³³⁴

É importante lembrar que a maximização do *stare decisis* no *common law* foi fruto do positivismo jurídico decimonônico, já superado, e que, por isso, não deve servir de inspiração para a atribuição de uma vinculação que lá sequer existe. A força normativa do precedente radica-se na qualidade de seus fundamentos determinantes, na sua força gravitacional e em sua vocação para integrar a teia inconsútil do direito.

Portanto, ausente autorização ou disposição constitucional³³⁵, o art. 927 não pode nem deve ser interpretado como se atribuísse eficácia vinculante aos padrões decisórios ou orienta-ções nele elencados – salvo é claro, as hipóteses dos incisos I e II, por se enquadrarem nos arts. 102, § 2º, e 103-A, da Constituição. Como, então, interpretá-lo? A chave de leitura do direito jurisprudencial no direito pátrio encontra-se nos arts. 7º e 10 (contraditório e participa-ção), no art. 489, § 1º (fundamentação decisória) e, sobretudo, no art. 926 (deveres institucio-nais).

A partir desses dispositivos, bem como das normas constitucionais que lhes amparam, é possível sustentar que a expressão “os juízes e tribunais devem observar”, contida no *caput* do art. 927, reflete um dever institucional de levar em consideração os paradigmas decisórios (os “precedentes”, como se preferir) e as orientações dos tribunais, não sob a perspectiva da mera autoridade, mas, em especial, da racionalidade.

Nesse sentido, o significado do verbo “observar” se aproxima do conceito de efeito *erga omnes* na acepção segundo a qual este revela um dever de observância, com a diferença de que, no caso do art. 927, do CPC, limita-se ao Poder Judiciário. O não cumprimento desse

³³⁴ PEREIRA, Hugo Filardi. *Decisões coerentes: valorização dos precedentes no Código de Processo Civil co-mo técnica de previsibilidade decisória*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 140-142.

³³⁵ Embora a eficácia vinculante contra todos das decisões que julgam a ADPF seja prevista apenas em lei, aqui se preferiu não abordar, de forma mais específica, a validade do disposto no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, ou mesmo de se tomar esse dispositivo como antecedente histórico que autorizasse o CPC a fazer o mesmo. Isso porque a ADPF se insere no contexto específico do controle concentrado e por ação de constitucionalidade, situação que faria a análise desbordar dos limites da presente dissertação. Outra diferença que não admitiria, em princípio, tomar o referido dispositivo como antecedente histórico do CPC é que a eficácia vinculante contra todos está expressamente contida em seus limites semânticos, o que não ocorre no art. 927, do CPC.

dever de observância constituirá um indício formal de violação ao princípio da fundamentação decisória justificada, bem como um indício de que o direito não foi aplicado da maneira correta.

Os “precedentes” devem ser observados, criando uma obrigação para os magistrados indicarem, de forma justificada, os que são pertinentes ao caso concreto, identificando os fundamentos determinantes e realizando as analogias e distinções, o que também se exige das partes em suas respectivas manifestações por força dos princípios da boa fé processual e da cooperação com o órgão jurisdicional. Embora admita a vinculação formal, Ravi Peixoto chama a atenção para o fato de que a adoção da obrigatoriedade do “precedente” sem o seu adequado tratamento configura o pior dos cenários: uma vinculação com a contínua ignorância das circunstâncias necessárias à sua interpretação³³⁶.

Conforme sustentado em outra sede em coautoria com Dierle Nunes, o direito jurisprudencial não é um atalho para, no atacado, resolver-se massivamente os casos que chegam ao Judiciário, que a Constituição não dispensou de analisar, profunda e detidamente, os casos que lhe são submetidos, aplicando ou deixando de aplicar paradigmas decisórios com base em razões de direito e/ou de fato construídas intersubjetivamente entre os sujeitos processuais.³³⁷

Para encerrar o presente tópico, Maurício Ramires sustenta que os precedentes judiciais (os paradigmas decisórios) vêm ao auxílio do intérprete, mas adverte que é por essa razão que devem se ver livres das conceitualizações, dos abstracionismos, dos voluntarismos e dos mecanismos de efficientização que já em 2010 (época em que escreveu) despontavam de forma tão vulgar no direito brasileiro. Segundo o jurista, o processo de engessamento do direito tem início com a concentração de poder da interpretação jurídica nos tribunais superiores e é apenas mais uma aposta na cisão dos “momentos interpretativos”: primeiro, tenta-se construir paradigmas decisórios como se fossem premissas metafísicas ou “categorias-sem-hipóteses”; posteriormente, esses paradigmas são aplicados (em cascata) de forma subsuntiva (dedutiva). Entretanto, prossegue Ramires, esse fenômeno é absolutamente alheio à constitucionalização do direito e deve ser enfrentado a partir da hermenêutica e dos aportes teóricos do *common law*, a fim de que se possa resgatar a faticidade e se resistir às objetificações e conceitualizações de discursos prévios e descontextualizados de fundamentação.³³⁸

³³⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador, Editora JusPodivm, 2015, p. 151.

³³⁷ NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 331.

³³⁸ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 153-155.

CONCLUSÃO

A crescente valorização do direito jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro é uma realidade: após a criação das súmulas e a atribuição de eficácia vinculante e/ou *erga omnes* a determinados provimentos jurisdicionais, perpassando pela Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04) e pelo dimensionamento da técnica da causa-piloto, até o Código de Processo Civil de 2015. Teríamos um sistema brasileiro de precedentes?

Para responder a essa pergunta, buscamos investigar o que é o precedente judicial. Sobretudo, buscamos compreender por que isso se tornou relevante para a realidade brasileira, cuja tradição é de *civil law*. Mas antes de enfrentar essas questões, foi necessário analisar o constitucionalismo brasileiro e os seus reflexos no processo civil, a fim de verificar se as garantias processuais constitucionais estão sendo cumpridas na prática jurídico-judiciária pátria, em especial a exigência da fundamentação justificada e racional das decisões e o princípio do contraditório em sua perspectiva dinâmica como garantia de influência.

O resultado dessa análise revelou que uma vertente processual de matiz neoliberal se desenvolveu sub-repticiamente, sob o discurso de um fortalecimento do Poder Judiciário para atender a uma lógica de mercado que impõe um ritmo acelerado ao processo. Isso tem implicações graves no processo civil brasileiro, pois diversas reformas foram e são empreendidas com a finalidade de se promover uma eficiência processual tão somente quantitativa, com a redução da cognição, a separação entre os momentos hermenêuticos (interpretação/aplicação) quando da resolução de casos concretos e a sumarização do procedimento.

O uso e a criação de técnicas do direito jurisprudencial no Brasil estão profundamente relacionados a esse discurso neoliberal, pois um dos principais objetivos (declarados) dessas técnicas é resolver o problema do abarrotamento do Judiciário: a partir de uma decisão interpretativa proferida por um tribunal de vértice (primeiro momento hermenêutico), poder-se-ia resolver milhares de casos (segundo momento). Um dos problemas desse tipo de técnica é a suposição, por seus defensores, de que as decisões dos tribunais de vértice poderiam funcionar como discursos prévios de fundamentação prontos para serem acoplados aos casos particulares.

O segundo problema desse discurso é o não enfrentamento das verdadeiras causas do abarrotamento do Poder Judiciário. Se, de um lado, após a promulgação da Constituição da República de 1988 e a abertura de direitos por ela promovida no Brasil surgiram diferentes tipos de litigiosidade (individual, de interesse público e de massa), de outro, deve-se buscar enfrentar cada um desses tipos de forma adequada. Isso depende substancialmente da efetiva-

ção dos direitos fundamentais e da promoção de uma prestação de qualidade de serviços públicos ou sob concessão no plano da Administração Pública e das agências reguladoras, no intuito de se reduzir a já inflacionada judicialização de quase todas as relevantes questões jurídicas e políticas no Brasil.

Enquanto isso não acontece, a consequência é, realmente, uma avalanche de processos judiciais nos quais discutidas as mais diversas questões. Aqui se revela o terceiro problema enfrentado: a discricionariedade judicial e a dispersão de entendimentos. É pública e notória a frequência com a qual o Poder Judiciário resolve de forma diferente casos substancialmente iguais, situação que fica mais evidente (mas sem a eles se limitar) quando se tratam de casos nos quais se discutam pretensões isomórficas. A resposta que o Poder Legislativo deu a esse problema foi a criação de diversas técnicas de direito jurisprudencial.

Na presente dissertação, buscou-se demonstrar que essa resposta não foi adequada na sua premissa nem na sua finalidade. Não foi correta em sua premissa porque o problema maior do Poder Judiciário é o da discricionariedade judicial e o da falta de responsabilidade política (sentido Dworkiano) de muitos magistrados, que se conferem facilidades de julgamento indevidas, desonerando-se de sua atividade interpretativa e deixando de julgar o caso concreto à luz de suas particularidades e dos principais argumentos suscitados pelas partes processuais.

Trata-se de um problema de *accountability*, de carência de fundamentação decisória adequada e, em especial, implica um resgate do positivismo jurídico: quando interessa, juízes e tribunais julgam como se o texto normativo fosse a mesma coisa que o direito é (positivismo exegeta); em outras situações, por razões também pragmáticas e circunstanciais, julgam como se os limites semânticos da Constituição e das leis (que existem e devem ser respeitados) de nada valessem, decidindo conforme a sua consciência (positivismo normativista).

Além das diversas decisões judiciais mencionadas e comentadas na presente dissertação e que refletem essas variadas posturas interpretativas, a argumentação aqui desenvolvida também se baseou no estudo intitulado “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”, conduzido por um grupo de pesquisadores da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) a partir de dados empíricos de 10 tribunais (incluindo o STF e o STJ) e no qual se concluiu pela “falta de responsividade” e pela ausência de plena fundamentação das decisões, seja no momento de formação das teses pelos tribunais superiores como no de sua aplicação pelos tribunais de segunda instância, dentre outros vícios procedimentais igualmente relevantes.

Certamente, a melhora qualitativa das decisões judiciais é uma necessidade e exige uma teoria da decisão constitucionalmente adequada que repense a forma como as questões jurídicas devem ser decididas, bem como combata a discricionariedade judicial. O marco teórico aqui adotado para desenvolver essa argumentação foi a concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin, que fornece os aportes adequados para se enfrentar a discricionariedade judicial ao mesmo tempo em que propõe uma solução para o “problema” interpretativo que o positivismo jurídico sempre negligenciou.

Por sua vez, a análise do erro de finalidade cometido pelo Poder Legislativo ao criar diversas técnicas de direito jurisprudencial exigiu uma reconstrução do conceito de precedente judicial, da doutrina do *stare decisis* e da própria formação do *common law*, em direção da qual parcela da doutrina brasileira afirma, por razões geralmente incorretas, estar o direito brasileiro se aproximando. O erro de finalidade existe porque não se reduz o imenso volume de processos judiciais a partir do Judiciário, que é instado a exercer os poderes que lhe são constitucionalmente conferidos quando já instalada uma crise de direito material sistêmica e com repercussões institucionais.

Entender o que isso realmente significa é fundamental: considerando as últimas três décadas de história do Brasil, o que realmente constituímos com a Constituição? O que foi construído a partir do projeto constitucional de 1988 e que deveria estar subjacente a uma sociedade fraterna, igualitária, livre e compromissada com o respeito às diferenças e com a democracia? Apenas de ler o noticiário e verificar o que é cotidianamente discutido no Judiciário temos uma sensação de fracasso. O Poder Legislativo não tem agenda certa, e o Executivo não promove políticas públicas e atua para garantir uma governabilidade partidária. Enquanto isso, o Judiciário é chamado a suprir os déficits dos demais poderes.

Contudo, os magistrados, muitas vezes, faltam com suas responsabilidades institucionais e decidem conforme os seus respectivos entendimentos pessoais, viciados por suas pré-compreensões, assim como faltam com a exigência da adequada fundamentação decisória e com o respeito ao contraditório como garantia de influência. Qual foi a solução ofertada pelo Legislativo? Dar mais poder ao Judiciário. Assim, decidem-se, no atacado, questões de política pública e de direitos fundamentais que deveriam ser resolvidos pelas demais instâncias do Poder. Pior: parcela da doutrina ainda tenta atribuir às decisões dos tribunais de vértice eficácia vinculante e *erga omnes* a partir de uma leitura distorcida do art. 927, do CPC.

E se tenta legitimar esse discurso a partir da doutrina do precedente judicial, cujas origens e atualidades não guardam qualquer semelhança com as súmulas, com as técnicas de julgamento da causa-piloto ou com as decisões proferidas em sede de controle concentrado de

constitucionalidade. Mesmo no controle incidental de constitucionalidade brasileiro, cuja origem remonta ao *judicial review* norte-americano, a criação da repercussão geral promoveu alterações profundas na forma como esse tipo de controle é exercido na prática, o que se intensificou mediante um equivocado discurso de objetivação do recurso extraordinário.

A mistura da realidade brasileira com a doutrina do precedente judicial é desastrosa: como a concentração do poder proporcionada pelas técnicas de direito jurisprudencial ocorre nos tribunais de vértice, a tendência é que surja uma teoria e uma prática independentes da realidade, o que é evidente nos recursos excepcionais (por se restringir a matéria neles passível de devolução), nas súmulas e no controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, a legislação não tem o condão de definir aprioristicamente qual decisão é mais importante do que a outra, ou estabelecer qual decisão deve se tornar um precedente obrigatório, como se pudesse impor um *stare decisis* que, no *common law*, decorre de uma obrigação moral e admite diferentes temperamentos, conforme o precedente tematize questões constitucionais, legislativas ou de *case law*.

Diante desse alarmante quadro, o que nos compete, como processualistas, para tentar melhorá-lo? Ora, devemos resgatar as nossas melhores tradições, a nossa melhor cultura constitucional. Nesse desiderato, cabe à doutrina jurídica promover os adequados constrangimentos epistemológicos das decisões proferidas pelos tribunais, procedendo ao controle discursivo das decisões do Judiciário como um todo, ao contrário de legitimar as práticas abusivas do exercício do poder, ou de contribuir para a indústria dos manuais e resumos que promovem a cultura *standard* de uma educação jurídica que ensina o direito a partir do ementário mais recente do Judiciário sem promover a necessária reflexão crítica acerca do conhecimento que se está transmitindo.

Na presente dissertação, buscou-se oferecer um pequeno contributo à crítica das técnicas de direito jurisprudencial que açodadamente surgiram como panaceia para os problemas brasileiros e que ainda estão carentes de uma leitura constitucionalmente adequada. Nesse cenário, o Código de Processo Civil de 2015 contém dispositivos que parecem não se sustentar à luz do modelo constitucional de processo, mas, por outro lado, contém disposições que podem, sim, funcionar como um aparato ortopédico para a correção de práticas jurídico-judiciárias equivocadas, a exemplo do disposto no art. 926, que expressamente menciona o dever institucional de se decidir de forma coerente e íntegra, e no art. 489, § 1º, que traça os principais contornos da exigência constitucional de fundamentação decisória. Ambos esses dispositivos constituem o núcleo do novo Código e buscam, contrafaticamente, promover a implementação de uma cultura jurídica mais argumentativa, e menos autoritária.

Na perspectiva aqui adotada, buscou-se demonstrar que o precedente abre o direito ao contexto social, ao introduzir uma complexidade da vida que dificilmente a lei conseguiria, em razão de esta pretender ser, em essência, abstratamente universalizável. Diante da indefinição *a priori* de significado dos enunciados normativos, o precedente constitui um relevante critério hermenêutico. Mas não tem a função de encerrar a discussão acerca desse significado, ou de fixá-lo em definitivo, pois não é um ponto de chegada: é sempre um ponto de partida. O principal valor do precedente é permitir a reinserção de significados nos sucessivos jogos de interpretação/aplicação, o que se realiza em contraditório e deve ser refletido na decisão judicial mediante a exigência constitucional da fundamentação justificada, contexto esse no qual a crítica doutrinária cumpre uma relevante função que não pode ser menosprezada.

Nos novos caminhos que se apresentam à comunidade jurídica, especialmente aos processualistas em razão da promulgação do novo Código de Processo Civil, esperamos que os erros cometidos sejam apenas a etapa necessária para o aprendizado que nos possibilitará acertar e alcançar a melhor interpretação e prática processuais. A busca por uma comunidade mais justa e mais igual perpassa necessariamente pelos avanços conquistados em um ambiente democrático e livre, ainda que de vez em quando um passo para trás seja dado, pois a divergência das pessoas sobre uma infinidade de complexas e importantes questões é condição de possibilidade para que se reconheça nelas uma comunidade verdadeiramente democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC-SP, 2009.

_____. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante*. In *Direito Jurisprudencial*. In direito Jurisprudencial. Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2012.

ANDREWS, Neil. *Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa*. In *Revista de Processo*, vol. 192, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev/2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Os precedentes vinculantes e o novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito*. In *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

ATAÍDE JÚNIOR, JALDEMIRO RODRIGUES. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os Precedentes dos Tribunais Superiores e sua Eficácia Temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese*. In *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 206, Revista dos Tribunais: São Paulo, abril/2012.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

_____. *Processo constitucional*. In *Revista Forense*, vol. 337, Rio de Janeiro: Editora Forense, jan./mar. 1997.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

BARRETT, Amy Coney. *Precedent and jurisprudential disagreement*. Texas Law Review, vol. 91, nº 7, Notre Dame Legal Studies Paper No. 1335, jun/2013.

BERMAN, Harold J. *O fundamento histórico do direito americano*. In Aspectos do Direito Americano. Trad. de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion, Rio de Janeiro: Forense, 1963.

_____. *Origens filosóficas do direito americano*. In Aspectos do Direito Americano. Trad. de Janine Yvonne Ramos Péres e Arlette Pastor Centurion, Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v.13, nº 50, abr/jun/1976.

BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. (coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília, CNJ. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *As dificuldades de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buriel de Macêdo, Salvador: Jus Podivm, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *As boas relações entre juízes e advogados*. Trad. e notas de Ricardo Pérez Banega, São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no novo Código de Processo Civil*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

CAPPELETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Controle de Constitucionalidade: aspectos contemporâneos*. In Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza, coord. de Adhemar Ferreira Maciel *et al*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2011.

CHIASSONI, Pierluigi. *The role of precedents as a filter for argumentation*. In: On the philosophy of precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, 3^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?* In Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In. Leitura complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.), Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito Processual Civil*. Vol. 2, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press: Cambridge, 1978.

_____. *Law's ambitions for itself*. The 1984 McCorkle Lecture. Virginia Law Review, vol. 71, number 2, mar/1985.

_____. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986.

_____. *Uma questão de princípio*. 2ª edição, tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011.

_____. *O que é uma vida boa?* Tradução autorizada de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro: da interpretação e da aplicação do direito objetivo*. Volume III. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1939.

FALLON JR., Richard H. *Stare Decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. Hein Online – 76, New York University Law Review, 570, 2001.

_____. *Tratado de direito civil brasileiro: o método positivo na interpretação e na integração das normas jurídicas*. Volume IV. Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1940.

FARIA, Guilherme Henrique Faria. *Contraditório substancial e fundamentação das decisões no novo CPC*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antônio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRERES, Victor. *The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, SELA (Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper nº 39, 2004.

FOWLER, James H.; JEON Sangick. *The authority of Supreme Court precedent*. Social Networks, 30, 2008.

FRANCO, Marcelo Veiga. *A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil*. In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AI-DE Editora, 2001.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. *Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015*. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, nº 208, Brasília, out./dez. 2015.

GILMORE, Grant. *Legal Realism: Its cause and cure*. Faculty Scholarship Series, Paper 2680, vol. 70, number 7, jun/1961.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Third Edition, Stanford University Press, 2013.

HAMILTON, Alexander. *The Federalist* No. 78. *Independent Journal*, 1788.

HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess?* *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010.

HART, H.L.A. *The concept of Law*. Second Edition, Oxford University Press: New York, 1994.

HOLDSWORTH, William. *A history of English Law*. London: Sweet & Maxwell, 1927.

IKAWA, Daniela Ribeiro. *Hart, Dworkin e Discricionariedade*. *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, v. 61, 2004.

ITURRALDE, Victoria. *Precedent as Subject of Interpretation (a Civil Law Perspective)*. In: *On the philosophy of precedent*. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012.

JOIS, Goutam U. *Stare decisis is cognitive error*. New York, NY 10036, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, 2^a ed., Martins Fontes: São Paulo, 1987.

KOCHEM, Ronaldo. *Decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica*. In *Normas Fundamentais*. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEE, Thomas R. *Stare decisis in historical perspective: from the Founding Era to the Rehnquist Court*. *Vanderbilt Law Review* 52(3), set. 2008.

LEVI, Edward H. *An introduction to legal reasoning*. The University of Chicago: Chicago, 1949.

LLEWELLYN, Karl. *The Common Law tradition: deciding appeals*. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1960.

LIMA, Mário Franzen de. *A hermenêutica tradicional e o direito científico*. Oficinas Gráficas: Belo Horizonte, 1932.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

LUNDMARK, Thomas. *Charting the divide between common and civil law*. Oxford University Press: Oxford, 2012.

MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart, Second Edition*. Stanford Law Books: Stanford, 2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Further general reflections and conclusions*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Editora JusPodivm, 2015.

_____. *A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro*. In *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *The role of precedents as a filter for argumentation*. In: On the philosophy of precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Edited by Thomas Bustamante and Carlos Bernal Pulido. Franz Steiner Verlag, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Apresentação: Dworkin e as ambições do direito*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, Jul-Dez/2007.

_____. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Tutela recursal plurindividual no Brasil: formulação, natureza, regime jurídico, efeitos*. Tese de Doutorado, São Paulo, PUC, 2013.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Stare decisis vs. Direito jurisprudencial*. FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Novas tendências do Processo Civil*, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle. *Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*. In Revista da Faculdade de direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008.

_____. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo, vol. 189, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set./2011.

_____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 4^a reimpressão, Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Por um novo paradigma processual*. In Revista IOB de direito Civil e Processual Civil, ano X, nº 60, jul-ago/2009.

_____. *Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes*. 2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos e. *Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes, Alexandre Freire (coord.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

NUNES, Dierle; SENA HORTA, André Frederico de. *Doutrina do precedente judicial – fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil*. In PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Organização do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Cássio Scarpinella Bueno, Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015.

_____. *Os precedentes judiciais e a sua adequada divulgação: em busca da correta compreensão da publicidade de julgados no CPC/2015*. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 82, n. 3, São Paulo: Lex Magister, jul/set 2016.

_____. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buril de Macêdo., Salvador: Jus Podivm, 2016.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; SENA HORTA, André Frederico de. *Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes*. In Revista de Processo, vol. 263, Jan/2017.

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. *Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro*. In FREIRE, Alexandre et al (Org.). Novas tendências do Processo Civil, Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

NUNES, Victor. Conferência em Santa Catarina, 1981. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In Jurisdição e hermenêutica constitucional. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.), Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?* In *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

PECZENIK, Aleksander. *The binding force of precedent*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Clube dos Autores, 2011.

_____. *Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativo no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. In *Normas Fundamentais*. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

PEREIRA, Hugo Filardi. *Decisões coerentes: valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

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

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS NETO, Newton Pereira e. *Fundamentação das decisões judiciais no novo CPC*. In *Normas Fundamentais*. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.), Salvador: Jus Podivm, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 1º volume – O direito. Max Limonad: São Paulo, 1952.

RE, Richard R. *Narrowing precedent in the Supreme Court*. Columbia Law Review, n. 7, v. 114, 2014.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In direito Jurisprudencial. Coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2012.

_____. *Por que os juízes (no common law) se sentem obrigados a seguir precedentes?* In Direito Jurisprudencial, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, vol. 39, n. 3, feb. 1987.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In Normas Fundamentais. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes, Alexandre Freire (coord.), Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

SELLERS, Mortimer N. S. *The doctrine of precedent in the United States of America*. American Journal of Comparative Law, vol. 54, nº 1, 2006.

SHAPIRO, Scott J. *The 'Hart-Dworkin' debate: a short guide for the perplexed*. Public Law and Legal Theory Working Paper Series nº 77, Michigan Law: Michigan, march/2007.

SILTALA, Raimo. *A theory of precedent: from analytical to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Portland Oregon, 2000.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo Judicial no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Pouso Alegre/MG, Dissertação de mestrado, Faculdade de direito do Sul de Minas, 2012.

_____. *A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law*. In Direito Jurisprudencial, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOARES, Fabiana de Menezes Soares; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. *Fontes do direito e circulação de modelos jurídicos: o sistema de precedentes na common law e no novo código de processo civil*. In Eficiência, eficácia e efetividade: velhos desafios ao novo Código de Processo Civil. Org. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Mônica Sette Lopes e Camila Silva Nicácio. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

SPRIGGS, James; HANSFORD, Thomas. *Explaining the Overruling of the U.S. Supreme Court Precedent*. Journal of Politics, vol. 63, n. 4, nov/2001.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª edição, rev., mod., ampl., Saraiva: São Paulo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed., rev., atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. *Institutional factors influencing precedents*. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

THEODORO JR., Humberto. *O sistema jurídico positivo e o impacto da era das reformas legislativas*. In *Estudos de direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malleiros Fiuza*. Coord. De Adhemar Ferreira Maciel *et al.*, Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

_____. *Processo justo e contraditório dinâmico*. In *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do direito (RECHTD)*, jan-jun/2010.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. In *Revista de Processo*, Ano 34, nº 177, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov. 2009.

_____. *Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória.* In Revista de Processo, Ano 35, nº 189, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov/2010.

THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização.* 3ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O regime do precedente judicial no novo CPC.* In Precedentes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, coordenador geral Fredie Didier Jr., Salvador: Jus Podivm, 2016.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade.* 3ª edição, rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Cada caso comporta uma única solução correta?* In Direito Jurisprudencial, volume II, Org. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ZANETI JR., Hermes. *Brasil: Um País de “Common Law”? As Tradições Jurídicas de “Common Law” e “Civil Law” e a Experiência da Constituição Brasileira como Constitucionalismo Híbrido.* In Fredie Didier Jr; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto Campos Gouveia Filho. (Org.). Pontes de Miranda e o Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *O valor vinculante dos precedentes.* Salvador, Editora Jus Podivm, 2015.

_____. *Precedentes normativos formalmente vinculantes.* In Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3. Coord. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., Lucas Buril de Macêdo, Salvador: Jus Podivm, 2016.