



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**  
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
CAMPUS DE JACAREZINHO  
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA  
Recomendado pela Portaria do MEC n.º 524, de 29 de abril de 2008

---

**RENÊ FRANCISCO HELLMAN**

**PRECEDENTES E DECISÃO JUDICIAL NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO  
A NECESSIDADE DA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA**

Jacarezinho - PR

2015



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**  
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
CAMPUS DE JACAREZINHO  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**  
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

---

**RENÊ FRANCISCO HELLMAN**

**PRECEDENTES E DECISÃO JUDICIAL NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO  
A NECESSIDADE DA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA**

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade  
Estadual do Norte do Paraná, como requisito  
parcial de conclusão de curso.

Orientador: Prof. Dr. Marcos César Botelho

Jacarezinho – PR

2015



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**  
Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
CAMPUS DE JACAREZINHO  
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA  
Recomendado pela Portaria do MEC nº 524, de 29 de abril de 2008

---

**RENÊ FRANCISCO HELLMAN**

**PRECEDENTES E DECISÃO JUDICIAL NO  
PROCESSO CIVIL BRASILEIRO  
A NECESSIDADE DA BUSCA PELA RESPOSTA CORRETA**

Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade  
Estadual do Norte do Paraná, como requisito  
parcial de conclusão de curso.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Marcos César Botelho  
UENP

---

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado  
UENP

---

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira  
ITE – Bauru

Jacarezinho, 23 de julho de 2015.

*À minha mãe, meu precedente.  
Humildemente, a Barbosa Moreira, uma inspiração;  
à memória de Calmon de Passos e de Ovídio Baptista, os periféricos e combativos  
luminares do processo civil.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é ato sempre incompleto. De todo modo, há que ser praticado e nunca de forma protocolar.

Antes de tudo, os agradecimentos vão ao povo paranaense, que me possibilitou, com suas contribuições tributárias, cursar este mestrado, nesta conceituada Universidade Estadual. Como bicho do Paraná que sou, devo minha formação a esta terra e espero poder retribuir de alguma maneira.

À minha família, pelo apoio e inspiração de sempre.

Agradeço, também, à Universidade Estadual do Norte do Paraná e aos professores que compõem este programa pelos direcionamentos. Em especial, agradeço ao orientador, professor Marcos César Botelho, pelo auxílio na condução deste trabalho, e ao professor Eduardo Cambi, que depositou sua confiança em mim e possibilitou que, juntos, pudéssemos produzir trabalhos que muito me orgulham.

Parece ser uma praxe, mas, pelo que consta, não é meramente protocolar o agradecimento que todos fazem à sempre querida e disposta Natalina. A doçura e delicadeza no exercício das suas funções fizeram toda a diferença durante o tempo do curso.

Aos amigos conquistados durante esta jornada do mestrado a minha profunda gratidão. Desenvolver-se profissionalmente e academicamente é uma conquista considerável, mas aprender sobre humanidades e sentimentos, ainda que seja em uma mesa de algum boteco de esquina, é a maior realização que levo dessa experiência que vivi. Amigos que me influenciaram e me fizeram enxergar o mundo por outros prismas, que vão muito além do que a Ciência Jurídica possibilita. Amigos de “piucagem”, porque “piucar”, um neologismo pensado como verbo para sintetizar a boemia malandra, passou a significar um estado de espírito, daqueles que atingimos quando almas amigas são postas lado a lado. A todos os piuqueiros, contumazes e eventuais, meus sinceros agradecimentos, pela amizade e pela convivência.

Não posso deixar de mencionar nominalmente os grandes amigos Mariana Cesto, amada tradutora dos meus resumos e revisora das minhas ideias e Alencar Margraf,

parceiro inigualável de trabalho e de maledicências, que muito contribuiu comigo nessa jornada.

Agradeço também à FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba, casa que me acolheu e possibilitou que eu realizasse o meu sonho de ser professor, que depois me deu chances de subir alguns degraus e assumir a coordenação geral, cargo que me oportuniza trabalhar diretamente com a gestão educacional, o que me motiva e me realiza, por me dar possibilidades de influir no futuro do ensino.

Aos meus alunos vão os meus mais profundos agradecimentos. Estar em sala de aula é sempre um desafio, mas é algo que me torna pleno. A oportunidade que tive e que tenho de aprender sobre o que ensino é o que me torna eternamente grato.

“Mesmo com toda cédula, com toda célula  
Com toda sùmula, com toda sílaba  
A gente vai levando,  
a gente vai tocando,  
a gente vai tomando,  
a gente vai dourando essa pílula”.

Chico Buarque

“Isso de lendas e agouros... Basta abrir de par em par as janelas.  
E deixar entrar o sol”.

Dom Afonso da Maia – Os Maias – Eça de Queiroz

HELLMAN, Renê Francisco. **Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro: a necessidade da busca pela resposta correta**. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## RESUMO

Este trabalho tem por finalidade investigar como se tem estruturado o sistema de precedentes no direito processual civil brasileiro, à luz da necessidade de construção de uma teoria da decisão judicial que sirva de pilar para sustentação adequada desse modelo que valoriza a produção jurisdicional. A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, partindo-se de questões gerais a respeito dos sistemas de precedentes e da teoria da decisão judicial, para que se pudesse alcançar a compreensão sobre o ponto específico de como a hermenêutica influi na aplicação do precedente e como deve se dar a construção da decisão para o caso concreto. A tipologia seguida foi de ordem qualitativa e teórica, com análise e discussão de obras bibliográficas, artigos científicos e notícias. Com isso, o trabalho estruturou-se pela análise dos precedentes, na comparação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, passando pela distinção entre os conceitos de precedente, decisão judicial, jurisprudência e súmula, a fim de que se adentrasse na discussão a respeito de como deve ser construída a decisão judicial, notadamente a partir do regramento estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, do combate à discricionariedade judicial e das ideias pós-positivistas de princípios como normas capazes de conferir integridade e coerência ao direito, na busca por uma resposta correta. Por fim, volta-se à análise do precedente jurisdicional, agora à luz da hermenêutica jurídica e da posição dos tribunais de vértice no sistema de justiça civil brasileiro, para defender-se que é de fundamental importância que o Judiciário compreenda a necessidade do caráter vinculante dos precedentes, mas, antes disso, que as decisões judiciais sejam, de fato, frutos de um exercício democrático e não discricionário.

**Palavras-chave:** precedente; teoria da decisão judicial; discricionariedade; resposta correta; hermenêutica; novo Código de Processo Civil.

HELLMAN, Renê Francisco. **Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro**: a necessidade da busca pela resposta correta. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

### ABSTRACT

This work aims to investigate how the precedent system has been structured in Brazilian Civil Procedure Law, based on the necessity of construction of a theory of judicial decision that serves as a pillar to sustain adequately this model that values jurisdictional production. The research was developed using the deductive method, starting with general questions concerning to the precedent system and theory of judicial decision, in order to reach the comprehension about the specific matter about the influence of hermeneutic to apply a precedent and how the decision must be constructed facing a factual situation. The typology was qualitative and theoretical, analyzing and discussing books, scientific articles and news. On that basis, the work is structured by the analysis of precedents, comparing Civil and Common Law, observing the distinction between the different concepts of precedent, judicial decision, jurisprudence and Court enunciations, in order to introduce the discussion about the construction of the judicial decision, especially with the new regulation brought by the New Civil Procedure Code, the fight against judicial discretion, and the post positivistic ideas of principles capable to guarantee integrity and coherence to Law, searching for the right answer. At last, the precedent is analyzed observing law hermeneutic and the position of the highest Courts in Brazilian system, to show that it is absolutely important that the Judicial Branch comprehends the necessity of the mandatory observation of precedents, but, before that, that judicial decisions are truly born of a democratic exercise and not discretion.

**Key-words:** precedent; theory of judicial decision; discretion; right answer; hermeneutic; New Civil Procedure Code.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>15</b>
1.1 Aproximações e distâncias entre os sistemas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i> .....	15
1.2 Os sistemas de precedentes no <i>common law</i> .....	21
1.3 O direito jurisprudencial no Direito Processual Civil brasileiro.....	29
1.3.1 Os limites à independência do juiz e a vinculação aos precedentes.....	32
1.3.2 Súmula vinculante.....	43
1.3.3 Repercussão geral no recurso extraordinário.....	51
1.3.4 Recursos especiais repetitivos.....	56
1.3.5 As propostas de repercussão geral no recurso especial.....	59
1.3.6 Do incidente de uniformização de jurisprudência ao incidente de resolução de demandas repetitivas.....	62
1.3.7 Sentença de improcedência sem citação.....	64
1.3.8 Produção jurisdicional como fonte do direito.....	68
1.4 O sistema de precedentes à luz da igualdade e da segurança jurídica.....	72
<b>2 A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....</b>	<b>81</b>
2.1 Princípios norteadores.....	88
2.1.1 Motivação.....	88
2.1.2 Livre convencimento motivado.....	94
2.1.3 Contraditório.....	100
2.1.4 Legitimidade.....	103
2.2 O pós-positivismo e seus dilemas.....	105
2.2.1 À guisa de introdução: compreendendo o pós-positivismo.....	105
2.2.2 Neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo.....	108
2.2.3 Pan-principiologismo.....	112
2.2.4 Discricionariedade judicial.....	118

2.3 Procedimentalismo e substancialismo.....	124
2.4 A resposta correta no Direito: em busca de uma teoria da decisão judicial.....	127
<b>3 A CORRETA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES.....</b>	<b>146</b>
3.1 Precedentes como fatores de otimização do sistema processual: qualidade das decisões x quantidade de litígios.....	146
3.1.1 Acesso à justiça e aumento da litigiosidade: a resposta social ao descumprimento da Constituição Cidadã pelo Estado.....	150
3.1.2 A <i>jurisprudência defensiva</i> .....	153
3.2 A hermenêutica e o sistema de precedentes no Brasil.....	158
3.2.1 O sistema de precedentes no Novo CPC: da sua construção à sua positivação.....	159
3.2.2 Como superar um precedente: o abandono da ideia de engessamento do direito.....	166
3.2.3 A posição das cortes de vértice como cortes de precedentes.....	171
3.2.4 A problemática da <i>ratio decidendi</i> .....	175
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>182</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>184</b>

## INTRODUÇÃO

Início pedindo licença para introduzir o leitor na leitura deste trabalho destoando da forma utilizada no seu desenvolvimento. Aqui, falarei em primeira pessoa, no restante do trabalho, em terceira, e assim o faço porque entendo que a introdução confere a liberdade de travar um diálogo com o leitor, a fim de aproximá-lo dos sentimentos que motivaram a pesquisa.

Ouso destoar da técnica recomendada para trabalhos científicos, esclarecendo ao leitor que se trata de pesquisa que teve como mote principal uma conversa travada com uma criança de cinco anos, o meu sobrinho Murilo. Tudo começou quando ele, em um dia qualquer, sentou-se ao meu lado no sofá, olhou para o televisor e passou a observar com muito interesse uma sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, transmitida pela TV Justiça. Depois de alguns minutos compenetrado ouvindo o palavrório dos ministros, virou-se para mim e perguntou quem eram aquelas pessoas. Tentei explicar da forma mais simples possível, para que ele pudesse entender o que fazem os ministros com suas togas e malabarismos linguísticos e, ao final, na simplificação da simplificação, disse que eram juízes e que juízes decidiam processos, que resultavam de desentendimentos entre as pessoas.

Ele, ainda muito interessado, questionou-me se juízes mandavam fazer coisas. Eu disse que sim, que as decisões judiciais obrigavam as pessoas. Então, como quem descobre o sentido da vida, ele abre um de seus característicos sorrisos sarcásticos e diz: - *quero ser juiz quando crescer, pra mandar em você e na minha mãe*. Não consegui expressar nada além de uma sonora gargalhada, daquelas que misturam orgulho e um certo incômodo pela crueza da situação.

Murilo quer ser juiz para mandar na mãe. Isso calou fundo em mim e, a partir disso, passei a observar minhas escolhas profissionais, as posições de meus colegas, conhecidos, alunos, amigos e o cenário jurídico que me era possível acessar. A partir dessa observação nada científica, fiquei incomodado com a quantidade de pessoas que manipulavam o processo e as decisões judiciais mais especificamente como instrumentos de poder, como quem dissesse que estava mandando na mãe.

Isso me pareceu bastante antidemocrático.

Alguns meses depois, tive a oportunidade de participar das Jornadas Brasileiras de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, que ocorreram no ano de 2012, na cidade do Rio de Janeiro. E lá, em frente à praia da Princesinha do Mar, ouvi a fala do professor Christoph Kern, da Universidade de Harvard, que tratou sobre o respeito às decisões judiciais no direito alemão.

Naquela ocasião, de tudo o quanto foi dito, o que me chamou mais a atenção foi a afirmativa de que o ensino jurídico alemão direciona o estudante a respeitar os precedentes judiciais, embora a Alemanha esteja alinhada ao sistema de *civil law*. Mas o estudo dos precedentes é realizado de forma crítica, em um alinhamento das grandes teorias com as necessidades da pragmática, de maneira que se transmita a mensagem da autoridade das decisões judiciais, sem olvidar-se da função crítica da academia.

Diante desse cenário, ocorreu-me que toda essa discussão que se intensificou nos últimos anos, notadamente por conta dos estudos para um novo Código de Processo Civil (NCCP), deveria, antes, passar pela análise de uma teoria da decisão judicial, que implicasse em verdadeira transformação da visão que os operadores do direito têm das suas funções e seus respectivos limites, justamente para que se espanque de uma vez por todas a ideia de que o direito permite que se “mande na mãe”, ou seja, que dele emane uma autoridade em si mesma, uma válvula de escape para o revanchismo.

As reflexões, então, foram intensificadas nesse sentido e aí se iniciou uma busca por literatura jurídica em que eu pudesse encontrar o eco das minhas aspirações. Um mundo descortinou-se perante mim e eu vi ocorrer uma transformação considerável das minhas posições sobre temas do processo civil e sobre as funções jurídicas. Nesse interregno, abandonei de vez uma aspiração que acalentava desde os bancos da faculdade: a toga. Justamente por perceber que só a desejava para “mandar na mãe”. É um motivo pobre e nada democrático.

Ser juiz é difícil, concluí. Há necessidade não só de talento, domínio da técnica e conhecimento científico. Julgar dói. É preciso, então, resiliência, resistência e paciência. A vocação sozinha não resiste a tantas outras necessidades.

Com essas conclusões prévias, passei a crer que o ensino jurídico tal qual ocorre nos dias atuais é o principal fator complicador desse processo de transformação. Parece-me que o ensino jurídico não tem possibilitado a transformação que se afigura necessária para a boa compreensão das implicações de todas as funções jurídicas e a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito.

Enquanto a academia (e a doutrina, por consequência) for caudatária do que dizem os tribunais, não haverá verdadeira evolução. Assim, abracei o estudo do tema dos precedentes jurisdicionais à luz de uma teoria da decisão judicial, que estabelecesse critérios para que os julgadores ficassem livres do espírito de “mandar na mãe”.

Em alguns momentos o leitor encontrará, neste trabalho, as trilhas de uma pesquisa que ainda é incipiente e que será concretizada futuramente (espera-se), no sentido da necessidade de reestruturação do ensino jurídico para possibilitar que o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial se opere efetivamente e que a academia deixe de ser, como de regra é, um palco para análise de decisões judiciais sem senso crítico aprofundado.

Desse modo, explico ao leitor que este trabalho é fruto de paixões. Não creio em pesquisa jurídica desapegada de sentimentos ou que mexa só com os neurônios. As vísceras são também movimentadas. Se útero eu tivesse... Com isso quero dizer que o leitor poderá encontrar excessos de otimismo com o novo e de revolta com o que não concordo. Perdoe-me, sou jovem ainda e do alto dessa juventude arrisco dizer que (ainda que mude de ideia sobre o assunto) quero passar o resto da vida pedindo perdão pelos excessos. Um arroubo ou outro não há de fazer assim tanto mal.

Feitas essas digressões, passo à apresentação da estrutura da pesquisa. No primeiro capítulo, procuro analisar de que maneira são enxergados os precedentes no direito brasileiro, passando pelo estudo do desenvolvimento das relações entre *civil law* e *common law*, para demonstrar que não são sistemas estanques, pela análise dos sistemas de precedentes nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, da estruturação do direito jurisprudencial no direito brasileiro, operando aqui com a necessária distinção do conceito de precedente dos

demais institutos que compõem essa ideia de direito jurisprudencial, indicando como se relacionam na prática. Ao final do capítulo, investigo o sistema de precedentes à luz da igualdade e da segurança jurídica.

Na segunda parte, a pesquisa concentra-se no tema da decisão judicial, analisando-se os princípios que a norteiam, passando pela identificação dos dilemas trazidos pelo pós-positivismo e a sua luta contra a discricionariedade judicial, com análise das correntes substancialistas e procedimentalistas e a ideia de resposta correta no direito.

Por fim, o terceiro capítulo assume a posição da temática central e tem a finalidade de apresentar as ideias do que se entende ser uma correta aplicação dos precedentes para o direito processual civil brasileiro. Avaliam-se as questões decorrentes do acesso à justiça, da quantidade de litígios em trâmite no poder judiciário, de como se buscou estruturar o sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil (NCPC) e, então, pretende-se responder à questão de como interpretar o precedente a partir desse novo regramento legal, sempre à luz de uma teoria da decisão judicial que admite a existência da resposta correta.

O trabalho foi desenvolvido pelo método dedutivo, partindo-se de questões gerais a respeito dos sistemas de precedentes e da teoria da decisão judicial para que se pudesse alcançar a compreensão sobre o ponto específico de como a hermenêutica influi na aplicação do precedente e como deve se dar a construção da decisão para o caso concreto. A pesquisa foi de ordem qualitativa e teórica, com análise e discussão de obras bibliográficas, artigos científicos e notícias.

Espero que eu tenha me feito devidamente claro a respeito de meus posicionamentos e, uma vez mais, alerto o leitor: o que desejei foi lutar contra o sentimento de “mandar na mãe”. Perdoe-me por eventuais excessos, coloque na conta da juventude, essa imortal irresponsável.

## 1 OS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

### 1.1 Aproximações e distâncias entre os sistemas do *civil law* e do *common law*

Soa despiciendo iniciar a abordagem do tema a partir da constatação de que o sistema jurídico brasileiro é baseado na tradição romano-germânica, pois parece que tal informação é intuitiva para qualquer um que tenha tido alguma noção básica da formação histórica do direito no Brasil. Entretanto, considerando que neste primeiro tópico a proposta é traçar um comparativo entre duas famílias jurídicas distintas, não se vislumbra outra forma de iniciar a exposição.

A proposta é de abordagem das relações criadas entre essas duas grandes tradições jurídicas ocidentais, salientando as diferenças e semelhanças que ocorreram na evolução histórica de ambas. Outros sistemas não serão abordados, uma vez que a presente pesquisa visa analisar a forma como vêm sendo aplicados os precedentes no direito processual civil brasileiro à luz dos conceitos e institutos do *common law*.

Verifica-se entre o método dos jurisconsultos romanos do período clássico, nos dois primeiros séculos da era cristã, e o dos juízes do *common law* atual uma similitude bastante grande. É perceptível em ambos a ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas, o desenvolvimento gradual do Direito, a partir do casuísmo, e principalmente a existência de uma classe de intérpretes cuja função lhes concede autoridade para a construção de um sistema jurídico<sup>1</sup>.

Como base, pode-se afirmar, com René David, que o sistema do *civil law*, de natureza romano-germânica, atribuiu, a partir do século XIX, um papel de grande destaque para a lei, ganhando relevo, nesse contexto, os códigos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 05.

<sup>2</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

O sistema do *common law*, por seu turno, nasceu baseado na resolução de litígios, em contraposição à ideia de criação de regras abstratas de estabelecimento de condutas para o futuro, que norteava o *civil law*<sup>3</sup>.

Lênio Streck e Georges Abboud indicam que o *common law* inglês passa ao largo de ser um direito dogmático, consistindo “em um direito de processualistas e de práticos”<sup>4</sup>.

Isso não significou, entretanto, que não houvesse, em determinados momentos, aproximações entre os dois sistemas. René David exemplifica com os sistemas da Escócia, de Israel, da União Sul-Africana, das Filipinas a existência de sistemas mistos nos quais não se consegue identificar elementos suficientemente claros para que se diga que pertencem a este ou àquele sistema<sup>5</sup>.

Como é sabido, a Alemanha adotou o sistema do *civil law*, não havendo norma que obrigue o respeito aos precedentes, salvo nos casos em que o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade da lei. Entretanto, muito embora não haja disposição escrita obrigando que os precedentes sejam observados, o que se vê na experiência alemã é o respeito natural aos precedentes. Segundo Sidnei Beneti, essa atenção aos precedentes decorre “do princípio organizacional típico da sociedade germânica de todos os tempos, geradora de naturais imperativos categóricos que reforçam a tendência ao cumprimento das normas”<sup>6</sup>.

Vincy Fon e Francesco Parisi, numa análise da força que vem ganhando o sistema de precedentes no *civil law*, perceberam um gradual ceticismo dos juristas europeus sobre os ideais de segurança e integridade da lei codificada, o que foi possível graças ao desvanecimento das memórias dos abusos do regime que antecedeu a Revolução Francesa. Como é sabido, pelos ideais da Revolução, baseados francamente na doutrina da separação de poderes de Montesquieu, o Judiciário deveria atuar como *la bouche de la loi*. Entretanto, diante da insuficiência desse sistema e da superação do exegetismo, a adoção de um sistema de precedentes, ainda que informal, passou a ser um meio de promover a segurança, a

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>4</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

<sup>5</sup> DAVID, op. cit., p. 26.

<sup>6</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. FUX, Luiz e outros (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006, p. 477.

consistência e a estabilidade que os códigos não lograram alcançar sozinhos<sup>7</sup>.

Na França, berço da revolução que inspirou o movimento da codificação de leis e cujos efeitos podem ser sentidos até os dias atuais no direito brasileiro, há proibição expressa no *Code de Procédure Civile* de que os julgamentos baseiem-se unicamente em precedentes, o que faz com que os julgadores raramente cite jurisprudência em suas decisões. Entretanto, isso não significa que os precedentes não gozem de prestígio, notadamente aqueles produzidos pela *Cour de Cassation*, “podendo, contudo, os tribunais deixar de segui-los, sem explicar o porquê de não os adotarem”<sup>8</sup>.

Na análise dos sistemas adotados na Itália e nos países ibero-americanos, Sidnei Beneti faz contundente crítica à dispersão jurisprudencial e às “sucessivas tentativas de reforma do sistema judiciário, fundadas em princípios provindos de diferentes origens, muitas vezes contraditórias, marcados, em boa parte, por evidente política de momento e não raro de profunda nota populista”<sup>9</sup>.

Como não poderia deixar de ser, não é apenas o *civil law* que sofre interferências do *common law*, este também é palco de transformações a partir da experiência de outros sistemas. Pode-se observar no direito inglês contemporâneo um crescimento das leis escritas. A aprovação do *Civil Procedure Rules*, em 1999, trouxe uma nova dinâmica ao direito inglês, já que os juízes passaram a dispensar obediência às suas normas, afastando a aplicação dos precedentes anteriores, que não se coadunassem com elas<sup>10</sup>.

Michele Taruffo, em trabalho dedicado à análise comparativa dos modelos de *civil law* e *common law*, indica que são naturais os intercâmbios entre os modelos, destacando que a apropriação de ideias de modelo diverso dependerá da cultura do legislador. Refere o pensador italiano ao “legislador culto” para dizer que ele terá as informações necessárias para realizar as melhores escolhas no “mercado das ideias”, enquanto que o “legislador ignorante” vai manter-se preso no modelo do seu próprio ordenamento, rechaçando qualquer influência externa, sem

<sup>7</sup> FON, Vincy, PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, n. 26, ano 2006, p. 519–535. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33111-41760-1-PB.pdf>. Acessado em: 31/08/2014.

<sup>8</sup> BENETI, op. cit., p. 478-479.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 480.

<sup>10</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p.136-138.

ao menos considerar as possibilidades fáticas de boas aplicações<sup>11</sup>.

Ao dizer isso, Taruffo indica uma série de exemplos de intercâmbios ocorridos entre os dois sistemas, senão veja-se:

... vários sistemas de *civil law* extraíram daquele modelo (*common law*) o júri penal (como aconteceu recentemente na Espanha), a técnica do interrogatório cruzado, a idéia de pôr limites ao recurso às cortes supremas, a *class action*, o uso de depoimentos escritos, à semelhança do *affidavit* etc. Não faltam todavia, conquanto bem menos freqüentes, hipóteses em que os legisladores de *common law* olharam para os sistemas da Europa continental: o caso paradigmático é o da Inglaterra, que consagrou, com as *Rules* de 1999, a idéia de um Código Processual, até aquele momento estranha à tradição inglesa, e que parece haver buscado inspiração nos modelos europeus, por exemplo em matéria de medidas cautelares e poderes do juiz no processo<sup>12</sup>.

Streck e Abboud afirmam que o próprio Montesquieu buscou franca inspiração na Constituição inglesa para a formulação da sua divisão dos poderes estatais. Por outro lado, indicam a formação de uma corporação, na Inglaterra, que perdurou entre os séculos XV e XIX, denominada *Doctor's Commons*, composta por práticos, chamados *civilians*, que trabalhavam perante o tribunal da *equity* e que se contrapunham aos *common lawyers*, que trabalhavam junto ao tribunal do *common law*. Esses *civilians* possuíam amplo conhecimento do direito continental e faziam uma espécie de aproximação entre este e o direito inglês<sup>13</sup>.

Além disso, afirmam os autores que a literatura jurídica continental, própria de países de *civil law*, funcionava como um “conjunto de soluções levadas a casos concretos”, como *rationes decidendi* que poderiam ser utilizadas em casos análogos. Indicam, ademais, a existência de inúmeras regras de direito contratual que compõem o direito inglês e que são de inspiração romana<sup>14</sup>.

A construção judicial do direito apenas existiu na sua forma mais pura na Inglaterra vitoriana. Com o advento da Revolução Industrial, o direito inglês passou a contar com várias leis escritas, fato este que acabou sendo reforçado com a criação da União Europeia, que, pela sua produção legislativa supranacional, faz

---

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. Os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. IX, *Processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado*. São Paulo: RT, 2011, p. 1016.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 1016.

<sup>13</sup> STRECK; ABBOUD, op. cit., p. 24.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 24.

viger nos países que dela fazem parte “um extenso direito escrito”<sup>15</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni vem desenvolvendo importante obra a respeito da necessidade de que se observem os institutos próprios do *common law*, adaptando-os para o direito brasileiro, como forma de garantir igualdade perante a lei e segurança jurídica, bases fundantes do Estado de Direito. Segundo o referido autor, as diversas interpretações que os tribunais dão à lei é indicativo suficiente da necessidade de se pensar no respeito aos precedentes, buscando-se inspiração na prática vitoriosa do *common law*<sup>16</sup>.

O constitucionalismo, segundo Marinoni, impactou no *civil law*, atribuindo ao juiz poderes muito próximos daqueles detidos pelo juiz do *common law*. Refere-se o autor aqui a uma proximidade com o direito norte-americano, em que o juiz possui poderes de controle de constitucionalidade da lei, o que não ocorre no direito inglês. A vinculação da lei à Constituição, para Marinoni, transforma o conceito de direito e de jurisdição. Nessa toada, “o juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição”, o que, vale dizer, implica até mesmo num maior poder do juiz brasileiro, que sequer está adstrito aos precedentes, diferentemente do juiz norte-americano<sup>17</sup>.

Então, na hipótese de haver sido constatada a ausência de direito pré-existente, o juiz teria a função de criar o direito a partir daquele caso. Herbert Hart já identificava essa necessidade. Para ele:

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido anteriormente.<sup>18</sup>

A crítica formulada por Marinoni contrapõe a resistência da doutrina do *civil*

<sup>15</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 64.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 22.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

<sup>18</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

*law*, que, segundo ele, ainda nega o papel que o juiz adquiriu no Estado neoconstitucional, com a realidade que se apresenta, em que o Poder Judiciário, com o dever de conformar a lei às normas constitucionais, ganhou características bastante aproximadas daquelas do juiz do *common law*<sup>19</sup>.

Percebe-se o grande distanciamento que a função jurisdicional no *civil law* tomou dos ideais da Revolução Francesa e a ideia de codificação. Como fruto da Revolução, a codificação do direito e a supremacia da lei, decorreram da falta de confiança no Poder Judiciário, ainda arraigado nos ideais pré-revolucionários. Assim, entendeu-se pela necessidade de um juiz boca da lei, de modo que a prevalência do Parlamento decorreria da completude da lei e da impossibilidade de interpretação dos seus dizeres pelo juiz.

Marinoni lança mão da evolução histórica da *Cour de Cassation* francesa para indicar a considerável mudança no entendimento sobre o papel do juiz no *civil law* e a necessidade de superação do dogma da Revolução Francesa de que o juiz deve atuar a vontade da lei<sup>20</sup>.

De acordo com ele, a Corte de Cassação francesa surgiu como um órgão não jurisdicional, que tinha por objetivo cassar decisões judiciais que tivessem atribuído interpretação ao texto legal. Esse era o seu único objetivo, não tendo, naquele momento inicial, a finalidade de estabelecer a correta interpretação da lei ou proferir decisão em substituição àquela que havia sido cassada<sup>21</sup>.

Tal posição da corte não prevaleceu eternamente, uma vez que se percebeu a necessidade de que ela atuasse positivamente, no sentido de indicar qual seria a interpretação correta, adquirindo ela uma função jurisdicional, como um tribunal de cúpula, com a finalidade de atribuir unidade ao direito, já que se adquiriu “a consciência de que a leitura do texto da norma implica um ato de compreensão”, abrindo oportunidade para interpretações e que esta função não caberia ao Legislativo e, sim, ao Judiciário<sup>22</sup>.

Outro ponto característico indicado por Marinoni, este referente ao direito brasileiro, que o faz mais distanciado do *civil law*, é a adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade, que permite ao magistrado das instâncias inferiores –

<sup>19</sup> MARINONI, op. cit., p. 70.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 59.

aquele que não detém o poder de fazer o controle concentrado – de negar a lei que não esteja conformada ao ordenamento jurídico constitucional<sup>23</sup>.

Marinoni ressalta, entretanto, que, muito embora se possa observar uma certa similitude entre os sistemas brasileiro e norte-americano no que tange ao controle de constitucionalidade, a ausência de um sistema de precedentes aqui torna inviável uma comparação mais aprofundada, eis que, segundo ele, “o sistema judicial americano certamente teria tido grande dificuldade para se desenvolver se seu juiz ordinário estivesse autorizado a divergir da sua Suprema Corte”<sup>24</sup>.

Com essas considerações, verifica-se que os movimentos de interligação entre os dois grandes sistemas jurídicos do mundo ocidental são naturais e inevitáveis e, se manejados de forma correta, podem levar a uma evolução de ambos.

## **1.2 Os sistemas de precedentes no *common law***

Neste tópico, a intenção é que seja feita uma breve análise dos sistemas de precedentes na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, os dois mais importantes países do sistema do *common law* e de onde grande parte da doutrina brasileira tem buscado inspiração para o estudo do sistema de precedentes que propõe para o Brasil.

É certo que o direito norte-americano e o direito inglês pertencem à mesma família, vinculados que estão ao *common law*, entretanto essas duas correntes jurídicas apresentam peculiaridades próprias, que as fazem diferentes em certos aspectos e é isso que será investigado neste tópico.

Assume-se, desde já, que em ambos os sistemas há respeito aos precedentes jurisdicionais, que são entendidos como fontes de direito.

A rigidez é a tônica do sistema inglês, notadamente no que toca ao respeito dispensado aos precedentes, mesmo diante da inexistência de norma escrita fixando a vinculação das decisões judiciais aos precedentes da Suprema Corte<sup>25</sup>. O

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>25</sup> NOGUEIRA, op. cit., p.129.

respeito aos precedentes, por mais óbvio e curioso que possa parecer, é uma imposição decorrente mesmo de um precedente<sup>26</sup>.

Gustavo Santana Nogueira indica a existência de uma alta coerção dos precedentes no direito inglês, a ponto de a própria *House of Lords*, em 1966, ter editado o *Practice Statement*, com a finalidade de relativizar a necessidade de os juízes da corte seguirem os seus próprios precedentes. Reconheceu o documento a possibilidade de a vinculação absoluta aos precedentes levar ao cometimento de injustiças no caso concreto e até mesmo restringir o adequado desenvolvimento do direito. Propôs-se, então, a possibilidade de relativização da vinculação aos precedentes sempre que isso parecer ser o certo a fazer. Entretanto, de acordo com o referido autor, há ainda uma grande resistência à relativização<sup>27</sup>.

A regra do *stare decisis et non quieta movere* (continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas) é a base fundante para atribuir ao precedente a sua força vinculativa.

Streck e Abboud ressaltam que os fundamentos da decisão é que são detentores dessa força vinculativa e ela será descoberta em casos futuros, similares ao que já foi decidido no passado. Na diferenciação com o sistema de súmulas brasileiro, afirmam os autores que, no *common law*, os “precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras”, possuindo, então, uma característica individualista, não tendo a pretensão de enunciar o direito de forma geral e abstrata<sup>28</sup>.

A organização judiciária da Inglaterra prevê a existência da *Supreme Court*, criada para substituir a *House of Lords*, em razão de contingências advindas da vinculação da Inglaterra à União Europeia. A extinta *House of Lords*, muito embora exercesse função jurisdicional, era diretamente ligada ao Parlamento inglês, chefiada pelo *Lord Chancellor*, que era ao mesmo tempo Ministro do Governo e composta pelos *Law Lords*, que tinham também função legislativa, fato este que

<sup>26</sup> “A primeira decisão referida como a fonte da vinculação dos precedentes é a do caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, onde a *House of Lords* decidiu uma questão relacionada à validade de casamento. A *House* cita uma decisão anterior sua, de 1844, no caso *The Queen v. Millis*, para decidir que pela *common law* da Inglaterra o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo, e se o noivo for, ele próprio, um clérigo, tal condição não valida o casamento. (...) O outro precedente, frequentemente citado, é o do caso *London Tramways v. London County Council*, de 1898, onde a *House of Lords* estabeleceu novamente a necessidade de se vincular às suas próprias decisões.” (Ibidem, p.131-132.)

<sup>27</sup> Ibidem, p.134-135.

<sup>28</sup> STRECK; ABBOUD, op. cit., p. 30-31.

destoava da orientação continental dada ao princípio da separação dos poderes<sup>29</sup>.

Com o advento da Suprema Corte, esta ficou com a incumbência de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário Inglês, mantendo a integridade do sistema de precedentes criados pela *House of Lords*. Abaixo dela o sistema inglês conta com a *Court of Appeal* (Corte de Apelação), que se divide para julgar recursos criminais e cíveis, onde se incluem também as questões relativas ao direito de família. Em outra escala, em primeira instância, na área cível, tem-se a *High Court of Justice*, que se divide em *Queen's Bench*, responsável pelo julgamento de casos ligados ao direito contratual, indenizações e questões de direito comercial; a *Family*, que possui competência para análise de casos do direito de família e da infância e juventude e, por fim, a *Chancery Division*, com competência para casos ligados ao direito tributário, falência, patentes etc.<sup>30</sup>

Por fim, destinados ao julgamento de casos de menor complexidade, tem-se as *County Courts*, *Family Proceedings Court* e os *Tribunals*, cujas competências diferenciam-se das da *High Court* pelo valor da causa, pela importância pública do caso e pela sua complexidade<sup>31</sup>.

Esse sistema escalonado do Judiciário inglês impõe a autoridade dos precedentes da *Supreme Court*, de modo que se tornam vinculantes para todos os órgãos do Poder Judiciário. Por sua vez, os precedentes da *Court of Appeal* que estiverem em consonância com os precedentes da *Supreme Court* vinculam as decisões de todos os juízos inferiores a ela<sup>32</sup>.

Michael Zander adverte que, em razão da adesão da Inglaterra à União Europeia e a necessidade de se observar as previsões da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), os seus tribunais, inclusive a Suprema Corte, devem, em matéria de direitos humanos, observar a interpretação dada pela CEDH, podendo, os tribunais inferiores, por exemplo, decidir contrariamente a um precedente firmado pela *Supreme Court*, na hipótese deste contrariar a orientação da CEDH<sup>33</sup>.

Como dito alhures, a adesão da Inglaterra à União Europeia foi um fator

<sup>29</sup> NOGUEIRA, op. cit., p.124-125.

<sup>30</sup> Ibidem, p.127-128.

<sup>31</sup> Ibidem, p.128.

<sup>32</sup> Ibidem, p.128-129.

<sup>33</sup> ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 255.

decisivo para a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law* no país, já que se passou a ter norma legislada, com maior força, norteando a aplicação do Direito ao lado dos precedentes e, inclusive, indicando a necessidade de o Poder Judiciário observar as previsões da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a teor do que dispõe o *Human Rights Act*<sup>34</sup>, aprovado pelo Parlamento inglês em 1998.

Outro fato recente e que causou profunda mudança no sistema de precedentes inglês foi a aprovação, em 1999, do *Civil Procedure Rules* (CPR), o Código de Processo Civil Inglês, que, na parte 1.2 (*Application by the court of the overriding objective*), estabelece o dever de o juiz observar a *rule*, ou seja, a regra escrita, tendo esta o condão de limitar a incidência de um precedente (*overriding*)<sup>35</sup>. Michael Zander, à luz dos ensinamentos de Joseph Jacob, já indicava que, com o advento do CPR, o juiz, antes de analisar os precedentes, terá que respeitar as *rules*. Segundo o autor, o CPR seria “um passo em direção ao precedente Teflon”<sup>36</sup>, aquele que “não cola” se contrário ao previsto na *rule*.

Já nos Estados Unidos da América (EUA) o *common law* apresenta-se de uma maneira menos pura, se comparado com o sistema inglês. Há nos EUA um crescimento exponencial do chamado *statutory law*, em detrimento do *common law*.

Essa diferença entre os sistemas norte-americano e inglês pode ser notado desde o período colonial. O complexo sistema inglês, com as suas rígidas formas processuais, seria de difícil compreensão para os leigos que colonizaram a América, razão pela qual foram editados códigos escritos para orientação na quase totalidade das colônias<sup>37</sup>.

Outra diferença significativa que se vê entre os dois sistemas é a existência, nos EUA, de um texto escrito e único que trata das regras que fundamentam a nação: a Constituição. Enquanto que na Inglaterra as normas constitucionais são esparsas ou mesmo baseadas em entendimentos jurisprudenciais e onde o

---

<sup>34</sup> REINO UNIDO. *Human Rights Act 1998*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Acessado em: 27/06/2014.

<sup>35</sup> REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules 1999*. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01#1.2>. Acessado em 27/06/2014.

<sup>36</sup> ZANDER, op. cit., p. 255.

<sup>37</sup> ROQUE, André Vasconcelos. *A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. 2008. Vol. I, 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de pós-graduação stricto sensu, UERJ, Rio de Janeiro, 2008.

Parlamento não encontra limites à sua onipotência que não seja na opinião pública<sup>38</sup>, nos EUA a realidade é diversa, havendo a supremacia da Constituição, assumindo a Suprema Corte o papel fundamental de último intérprete constitucional<sup>39</sup>.

E a supremacia da Constituição, por irônico que possa parecer, foi instituída no ordenamento jurídico norte-americano a partir de um precedente, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, oportunidade em que o *Chief Justice* (Presidente da Suprema Corte), John Marshall, fez o controle de constitucionalidade de uma lei, institucionalizando o *judicial review* no direito norte-americano<sup>40</sup>.

A organização judiciária norte-americana deve ser lida à luz do sistema federalista, que concede relativa autonomia aos estados federados, permitindo a instalação de Supremas Cortes estaduais. Isso leva a uma grande variedade de organizações judiciais<sup>41</sup>.

De tudo, o que se pode apresentar como ponto em comum é a “previsão do júri no primeiro grau de jurisdição, que é herança da *common law* inglesa”<sup>42</sup>. Outro fator em comum nas diversas organizações estaduais é o fato de que as Supremas Cortes de cada ente federado têm autonomia para escolher os casos que irão julgar, destinados apenas a esclarecer e trazer segurança jurídica para o ordenamento jurídico<sup>43</sup>.

O papel da Suprema Corte, em nível federal, fica, então, bastante limitado, pois somente serão por ela admitidos recursos que tenham passado pela análise das *States Supreme Courts* e que digam respeito ao direito federal, não tendo ela competência para análise dos diversos direitos estaduais<sup>44</sup>.

Demais disso, é importante destacar que a Suprema Corte norte-americana tem o poder discricionário de escolher os recursos que quer julgar, o que fica claro a partir da leitura da *Rule 10* das *Rules of the Supreme Court of the United States*<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

<sup>39</sup> NOGUEIRA, op. cit., p.161.

<sup>40</sup> Ibidem, p.161-168.

<sup>41</sup> Ibidem, p.169.

<sup>42</sup> Ibidem, p.169.

<sup>43</sup> Ibidem, p.170.

<sup>44</sup> Ibidem, p.170.

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rules of the Supreme Court of the United States* 2013. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Acessado em: 30/08/2014.

As decisões que concedem ou não o *certiorari* (seguimento ao recurso) não são justificadas e, apesar das regras previstas para a sua admissão, não há definição clara das características que o recurso deve ter para ser acolhido.

Impera no sistema norte-americano a regra do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto), que encontra guarida no artigo III da Constituição. Trata-se de um meio que serve a valores de grande importância para o sistema jurídico, tais como a segurança jurídica, a igualdade, a eficiência e a restrição à discricionariedade judicial<sup>46</sup>.

A regra do *stare decisis* manifesta-se de duas maneiras: 1) vertical, que leva em consideração o grau de autoridade da decisão judicial a partir da consideração sobre o órgão que a construiu, de modo que se entenda como vinculante ao órgão jurisdicional inferior o precedente proferido pelo órgão jurisdicional superior; 2) horizontal, que entende haver vinculação ao precedente da própria Corte que o construiu, de modo a promover a segurança jurídica e impedir que os tribunais alterem suas decisões rotineiramente, gerando previsibilidade para o cidadão.

Tanto no sistema norte-americano quanto no inglês, a aplicação do precedente passa, obrigatoriamente, pela identificação da chamada *ratio decidendi*. Marinoni esclarece que os fundamentos da decisão não ganham importância a partir da sua vinculação à coisa julgada, uma vez que a decisão não diz respeito somente às partes do processo, já que é dirigida aos juízes do futuro e aos jurisdicionados em geral, na qualidade de precedente<sup>47</sup>.

Para Marinoni, não se pode confundir o conceito de *ratio* com os de dispositivo e de fundamentação, já que aquela seria “algo externo a ambos”<sup>48</sup>. O fato é que o ponto central das discussões a respeito do sistema de precedentes no *common law* recai sobre o conceito de *ratio decidendi*. Thomas da Rosa de Bustamante entende que, enquanto persistir a teoria positivista, pela qual se atribui relevância a uma determinada decisão a partir da autoridade de que goza o juiz que a proferiu, o conceito de *ratio decidendi* está fadado à indeterminação<sup>49</sup>.

Geoffrey Marshall entende ser necessário definir com um certo grau de precisão o que seja a *ratio decidendi* e isto se dá a partir da seleção dos fatos

<sup>46</sup> NOGUEIRA, op. cit., p.181.

<sup>47</sup> MARINONI, op. cit., p. 219.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>49</sup> BUSTAMANTE, op. cit., p. 259.

materiais fixados pelo juiz do caso ou da descrição das regras ali adotadas<sup>50</sup>.

Eugene Wambaugh propõe a realização de um teste para a identificação da *ratio*, que diz ser aquela regra geral sem a qual o caso comportaria decisão diversa. Segundo ele, primeiramente, deve-se formular a proposição de direito do caso, depois, há que se inserir na proposição um vocábulo que inverta o significado da proposição e, por fim, verificar se essa inversão de sentido na proposição, caso fosse levada em consideração pelo julgador no momento da sua decisão, a teria modificado. Se sim, não se fala em *ratio*, mas sim em *obiter dictum*, o argumento dito de passagem, sem influência na solução do caso. Se não, pode-se dizer que se está diante da *ratio decidendi*<sup>51</sup>.

O teste, entretanto, não é imune a críticas. Marinoni ressalta que a doutrina contemporânea do *common law* rechaça a ideia de Wambaugh por entender que ele não poderia ser aplicado na hipótese de o caso estar baseado em dois fundamentos que, isoladamente, pudessem conduzir à mesma solução, resultando o teste na conclusão de que ambos seriam *obiter dicta*<sup>52</sup>.

No mês de dezembro de 1930, no *Yale Law Journal*, Arthur L. Goodhart publicou um estudo em que apresenta um método próprio para identificar a *ratio decidendi*. Para ele, a *ratio* seria encontrada a partir da análise dos fatos considerados fundamentais pelo julgador para proferir a sua decisão<sup>53</sup>. Desse modo, para a aplicação correta do precedente, seria necessário que o julgador do novo caso verificasse quais os fatos materiais e os imateriais (hipotéticos) do caso anterior, de maneira a desvendar a *ratio* nas conclusões baseadas nos primeiros e considerar *obiter dicta* as conclusões fundadas nos demais.

Na crítica aos dois modelos, Marinoni ressalta que o método que leva em consideração o quadro fático do caso é restritivo em relação ao normativo, pois os fatos nunca são os mesmos. Já se consideradas as razões para a decisão, é

<sup>50</sup> MARSHALL, Geoffrey. What is a binding in a precedente. In: MacCORMICK, Neil, SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting precedents – A comparative study*. Aldershot: Ashgate, p. 503-517, p.

<sup>51</sup> WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reporting cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2ª ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 17 e segs.

<sup>52</sup> MARINONI, op. cit., p. 223.

<sup>53</sup> “The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion”. Em tradução livre: “O primeiro e mais importante passo na determinação do princípio de um caso é, portanto, apurar os fatos relevantes sobre os quais o juiz baseou a sua conclusão” (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: *Yale Law Journal*, vol XL, n. 2, Dez-1930, p. 161-183).

possível que se agrupem casos com fatos similares em uma mesma categoria. Para ele, o modelo fático deve ser utilizado como fator auxiliar, “capaz de propiciar a racionalização do enquadramento do caso sob julgamento (*instant case*) no caso tratado no precedente (*precedente case*)”<sup>54</sup>.

Rupert Cross, em clássica obra a respeito do assunto, entende que a *ratio* é qualquer regra jurídica que tenha sido tratada pelo juiz de causa, expressa ou implicitamente, e que consista em um passo necessário para que a conclusão a que chegou fosse alcançada<sup>55</sup>.

Para Simon Whittaker, professor de direito europeu comparado da Universidade de Oxford, a *ratio* consiste na proposição ou proposições de Direito necessárias para solucionar o caso segundo os fatos da causa. Ressalta, ainda, que quando se utiliza do termo “proposição de Direito”, o faz de forma neutra, de modo que possa significar tanto uma regra como uma definição de um conceito jurídico ou até mesmo um princípio, que denomina como um enunciado jurídico muito mais extenso<sup>56</sup>.

Apesar de toda a discussão teórica a respeito, aqui restrita a apenas alguns autores, o fato é que deve considerar-se a *ratio decidendi* a partir dos fatos concretos e das principais circunstâncias do caso julgado, sem cair na armadilha de se entender a decisão judicial como uma resposta teórica a uma questão mais ou menos abstrata<sup>57</sup>.

### 1.3 O direito jurisprudencial no Direito Processual Civil brasileiro

Já de antemão é necessário destacar que este tópico tem por finalidade tratar, a partir de uma visão geral, das iniciativas legislativas e das proposições doutrinárias que encontraram eco na prática jurídica nacional e que dizem respeito à valorização da jurisprudência.

Não se está, com isso, assumindo o conceito *lato* e equivocado de

<sup>54</sup> MARINONI, op. cit., p. 228.

<sup>55</sup> CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 3ª ed. Oxford: Clarendon, 1979, p. 76.

<sup>56</sup> WHITTAKER, Simon. El precedente en el Derecho inglés: Una visión desde la ciudadela. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n. 1, p. 37 – 83, ano 2008, p. 49, 50.

<sup>57</sup> SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. In: *Isonomia*, n. 21, p. 217-251, Out. 2004, p. 240.

precedente, que abarca todas as espécies de iniciativas que visem conferir força às decisões judiciais.

É mais comum que o desejado que se faça confusão com os conceitos de precedente, jurisprudência e decisão judicial. Então, a fim de que não haja dúvida sobre a posição adotada neste trabalho, passa-se a uma breve definição conceitual.

Não é toda decisão judicial que contém as características necessárias para que seja considerada um precedente; para tanto, é necessário examinar o chamado *valor transcendental*<sup>58</sup> do julgado.

O conceito de precedente não se confunde com o de jurisprudência nem, tampouco, com o de súmula, vinculante ou persuasiva.

Ainda, o precedente não se confunde com o denominado *leading case*, isto é, o caso em que pela primeira vez houve o pronunciamento judicial a respeito do tema ou em que se deu a superação, também pela vez primeira, de entendimento judicial anteriormente firmado. Se o caso líder não tiver elementos suficientes para que se possa identificar a sua *transcendentalidade*, não pode ser considerado um precedente.

O que torna a decisão judicial um precedente é o enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados à questão de direito presentes no caso concreto, independentemente de ter analisado pela primeira vez o tema discutido<sup>59</sup>.

Os conceitos de precedente e jurisprudência não se confundem. Há uma distinção *quantitativa*, pois o precedente diz respeito, em regra, a uma determinada decisão ou a um conjunto específico de julgados, ao passo que o termo jurisprudência deve corresponder a uma pluralidade de decisões em variados casos concretos. Por isso, pode-se identificar qual (quais) decisão (decisões) formou (formaram) o precedente, enquanto a jurisprudência está atrelada a uma quantidade imprecisa, podendo existir considerável número de decisões em um determinado sentido, o que pode aumentar a dificuldade de se identificar qual tenha sido o julgado condutor do entendimento firmado<sup>60</sup>. Todavia, buscar saber os julgados que originaram o entendimento jurisprudencial não é tão relevante quanto entender

<sup>58</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 93.

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas de propostas*. São Paulo: RT, 2010. p. 165.

<sup>60</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, vol. 199, set. 2011, p. 140.

quais julgamentos formaram o precedente, pois a jurisprudência tem eficácia apenas persuasiva enquanto os precedentes vinculam os órgãos judiciais.

Sob o aspecto *qualitativo*, a formação do precedente é feita pelo julgador do caso posterior, uma vez que é ele quem irá dizer, a partir da comparação entre as situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado, se a *ratio decidendi* daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que se espera. Isso indica que o precedente fornece uma regra *universalizável*, ou seja, que pode ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes<sup>61</sup>.

Entretanto, a interpretação do precedente – tal como ocorre com a exegese das leis – pode ser tarefa complexa, especialmente nos *hard cases*. Para evitar a presunção de que seja *ratio decidendi* e *obiter dicta* é recomendável que a própria fundamentação da decisão possa explicitar a essência do julgado, capaz de ser generalizado para os demais casos (força obrigatória *pan-processual*)<sup>62</sup>. Saber se o caso é igual ou não, ou aplicar os mesmos critérios do precedente, é tarefa posterior, mas que pode ser facilitada quando a motivação da decisão que forma o precedente auxilia a atuação do intérprete.

Não obstante haja abalizada doutrina que opere com a confusão entre os conceitos<sup>63</sup>, as súmulas não são precedentes. Elas dizem respeito diretamente ao conceito de jurisprudência e não ao de precedentes. É certo que o enunciado da súmula pode nascer de um precedente, mas ela não poderá ser considerada o precedente. As súmulas caracterizam-se pela concentração em breves textos (enunciados) que têm normalmente um conteúdo mais específico do que o texto da norma da qual constituem uma interpretação<sup>64</sup>. Na aplicação da súmula, é dispensada a análise dos fatos, pois ela está baseada não na analogia com os

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>62</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 124.

<sup>63</sup> Ao tratar sobre o surgimento das súmulas no direito brasileiro, Sálvio de Figueiredo Teixeira assinalou: “Como se nota, a força vinculativa dos precedentes não constitui propriamente uma novidade em nosso Direito, que a acolhera, embora disso não devamos nos orgulhar, por mais de 3 séculos, oriunda das ‘ordenações’ manuelinas e filipinas e da ‘lei da boa razão’, que, diga-se de passagem, não espelhava com fidelidade o seu título.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante*. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 2, p. 145-158, Jul-1998, p. 155).

<sup>64</sup> TARUFFO, op. cit., p. 141.

fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*<sup>65</sup>.

O sistema judiciário alemão, apesar de dispensar considerável respeito aos precedentes, não se utiliza de súmulas ou ementas para citação. Na aplicação do precedente, parte-se da análise do texto integral do julgado usado como paradigma<sup>66</sup>.

Em trabalho destinado à análise dos sistemas de precedentes, Sidnei Beneti traz algumas conclusões de considerável importância a respeito do assunto. Para ele, os precedentes qualificados e duráveis são sempre consequência da análise minuciosa dos detalhes do caso concreto levado à apreciação do Estado-juiz. Além disso, indica que os sistemas mais duráveis consideram o precedente como um todo, analisando o seu texto e o seu contexto, não lançando mão de expedientes como súmulas e ementas, que apenas servem para localização de precedentes<sup>67</sup>.

Logo, a súmula é texto que se diferencia do precedente, porque elaborada para a solução de todos os casos futuros<sup>68</sup>, enquanto que o precedente é identificado no futuro e serve para auxiliar na solução daquele caso concreto que levou o julgador a encontrá-lo, consideradas as peculiaridades fáticas e jurídicas para a universalização do precedente.

Ademais, da mesma forma como ocorre com a jurisprudência, de regra, as súmulas também têm eficácia meramente persuasiva (não vinculante), havendo, pois, apenas a recomendação de sua observância<sup>69</sup>.

### 1.3.1 Os limites à independência do juiz e a vinculação aos precedentes

Tratar sobre a vinculação ou persuasão dos precedentes é, antes de tudo,

---

<sup>65</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>66</sup> BENETI, op. cit., p. 478.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 481.

<sup>68</sup> STRECK; ABOUD, op. cit., p. 58.

<sup>69</sup> Ao tratar do tema o Superior Tribunal de Justiça, asseverou: “Respeitadas as ressalvas legais, mesmo reiterada e diuturna, a jurisprudência não tem força de vincular os pronunciamentos jurisdicionais. Não se justifica, no entanto, que os órgãos julgadores se mantenham renitentes a jurisprudência sumulada, cujo escopo, dentro do sistema jurídico, é alcançar exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém fica segura do seu direito ante jurisprudência incerta” (REsp 14945/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 5002).

analisar de que modo se desenvolve a independência judicial.

O tema já foi enfrentado anteriormente, na companhia de Eduardo Cambi, tendo havido entendimento de que, a fim de evitar ofensa aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, a independência judicial não pode ser entendida como sinônimo de “liberdade desmesurada, pois os cidadãos não podem ficar reféns das consciências de magistrados singulares”<sup>70</sup>.

A Constituição Federal, em seu artigo 95, estabelece em favor dos magistrados as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, de maneira que permaneçam protegidos de qualquer ingerência ilícita no exercício das suas funções. Demais disso, em seu artigo 2º, a Constituição trata da independência do Poder Judiciário, de modo a preservar a sua autonomia administrativa, financeira e funcional em relação aos demais poderes.

Com isso, percebe-se que a independência foi estabelecida em favor do Poder Judiciário, considerado como um dos braços do Estado. Já as garantias individuais têm o condão de implementar, no aspecto prático, a salvaguarda individual do magistrado, seja para protegê-lo das ingerências internas, seja das externas. Vale dizer, o juiz deve formar a sua convicção livre de pressões ilegítimas, entretanto, por ser uma liberdade baseada na proteção contra a ilegalidade, não pode o juiz lançar mão dela e acreditar que poderá decidir de acordo com motivações outras, que destoem do ordenamento jurídico.

Há quem, fundado na ideia de independência do magistrado, afirme que o juiz não está obrigado a seguir a orientação do tribunal hierarquicamente superior<sup>71</sup>, no entanto, tal posicionamento não parece acertado.

Marinoni rejeita a ideia da independência judicial como forma de não vinculação dos precedentes, contrapondo-a ao princípio da igualdade como direito fundamental e à unidade da função jurisdicional. É dever do Judiciário solucionar as causas a ele submetidas, de forma racional e isonômica, não se podendo admitir que pessoas iguais, com casos iguais, possam obter decisões diferentes do Judiciário<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência: a independência do juiz frente aos precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014, p. 355.

<sup>71</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 500.

<sup>72</sup> MARINONI, op. cit., p. 203.

Admitir que o Judiciário profira, de forma ilimitada e descontrolada, decisões contraditórias contraria a necessidade da existência de um sistema racional de distribuição da justiça, transformando-se em um organismo doente<sup>73</sup>.

O exercício da magistratura não está voltado à satisfação pessoal de quem decide, devendo o juiz colaborar com o sistema de distribuição da justiça. Neste sentido, o desrespeito aos precedentes judiciais é um desserviço à tutela jurisdicional<sup>74</sup>.

Essa ideia vem sendo construída com base na doutrina da integridade pregada por Ronald Dworkin, segundo quem o juiz deve considerar-se um “romancista em cadeia”, atentando-se para toda a construção judicial que o antecedeu, de modo que o capítulo a ser por ele escrito seja uma continuação e não uma ruptura.<sup>75</sup>

A partir disso, pode-se afirmar com segurança que o juiz, num sistema de *civil law* com influências de *common law*, goza de independência no sentido de que está liberto de ingerências indevidas, mas que não pode se considerar um autor de romance único. O romance é em cadeia e o juiz faz parte dessa sucessão histórica.

Isso não significa que o juiz esteja em grau de inferioridade perante os tribunais, a uma porque os tribunais devem também atentar para a integridade da qual falou Dworkin e a duas porque já é ultrapassada essa ideia de que o magistrado possa ser considerado singularmente. Não! Ele faz parte de uma estrutura e quando age, age em nome dessa estrutura, detendo todo o poder jurisdicional no desempenho da sua competência.

Assim, seria mesmo inexplicável que existissem decisões antagônicas prolatadas pelo mesmo órgão, o Poder Judiciário.

Por sua vez, Lênio Streck tem combatido o que chama de julgamento “conforme a consciência”. Apesar de criticar a forma como se quer implantar o sistema de precedentes no Brasil, sem uma ampla discussão a respeito da

<sup>73</sup> “Ora, um organismo que tem manifestações contraditórias é, indubitavelmente, um organismo doente. Portanto, é preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improdutora, se digladiam” (Ibidem, p. 203-204).

<sup>74</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

construção da decisão judicial, o professor gaúcho alinha-se ao pensamento de Marinoni no sentido de buscar denunciar a forma como se aborda a questão da independência do juiz no momento do julgamento.

A luta travada por Streck leva em conta problemas de ordem anterior, que dizem respeito à própria Teoria do Direito, indo além dos problemas processuais. O que Streck pretende é demonstrar a diferença entre decisão e escolha, nesses termos:

Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.<sup>76</sup>

E aqui é impossível não vislumbrar o alinhamento com o que Dworkin já pregava, no sentido de que o caso a ser julgado deve estar na composição harmônica dos seus antecedentes similares. Diz Streck que “não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’” e invoca o que chama de “cadeia da integridade do direito” como fundamento desse compromisso que o julgador deve ter com a história institucional do direito<sup>77</sup>.

Fernando de Brito Alves, com Zagrebelsky, afirma que a ideia atual é a de que as leis (produtos da atividade do legislador) não são o todo do direito e, sim, uma parte dele, dado o fato de que os juízes assumiram o papel de “garantidores da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional”, o que permitiria a “coexistência maleável da lei, do direito e da justiça”<sup>78</sup>.

Assim, é reforçada a ideia de que o controle sobre a atividade jurisdicional é de extrema importância, em razão dessa relevância assumida pelo Judiciário.

O que parece ser unânime entre os doutrinadores é a ideia de que o

---

<sup>76</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 107.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>78</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 302.

controle sobre a forma de decidir do Judiciário é uma questão de preservação e promoção da própria democracia, já que, diferentemente dos outros poderes, não há escolha popular dos agentes judiciais.

J. J. Calmon de Passos combate a denominada independência do juiz, afirmando não haver qualquer independência em face do que chama de o “verdadeiro soberano de todos – os cidadãos”. Para o professor baiano, recai sobre o juiz o dever constitucional de motivação de suas decisões e viola-o aquele que julga sem apoio na prova dos autos, que aplica o direito sem suporte doutrinário autorizado ou sem base em precedentes jurisprudenciais “que atenderam à exigência constitucional de sua motivação substancial”<sup>79</sup>.

Firme nessas premissas, defende Calmon que, com a atribuição de poder ao magistrado sem que possa haver controle da correção de seu exercício, “o julgador se tornará um déspota intolerável, visto como livre e desembaraçado para fazer do direito positivo gato e sapato”<sup>80</sup>.

E prossegue, com sua peculiar crítica ácida:

Será um tirano que nem mesmo terá a grandeza dos tiranos políticos, vulneráveis em sua visibilidade, mas a pequenez de um tirano solerte que se esconde e se dissimula na decisão que profere, a nível micro, quase anônima pelo reduzido de sua visibilidade, protegido em seus desvios funcionais pelo bonito discurso do imperativo da ‘independência’ do julgador, como se numa democracia houvesse independência aceitável em face do verdadeiro soberano de todos – os cidadãos.<sup>81</sup>

Leonardo Greco, nessa mesma linha, é categórico ao afirmar que “o dever de respeitar a lei não constitui restrição à independência do juiz”<sup>82</sup>.

Mais uma vez importa destacar que Marinoni e Streck apresentam posições com bases bastante diversas e até mesmo divergem no tocante às consequências delas, entretanto, é perceptível a interligação dos argumentos no sentido de afastar a ideia de independência do juiz.

Lênio Streck aborda a questão da discricionariedade judicial, que qualifica

---

<sup>79</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 224-225.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 225.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 2, ano 2002, p. 61.

como arbitrariedade, alertando sobre o déficit democrático que era encontrado também no “discricionarismo positivista”. Sustenta ele o retrocesso que é “reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária” e indica como caminho uma “principiologia, ao mesmo tempo apta a ‘proteger’ o direito e a concretizá-lo”<sup>83</sup>.

Há que se frisar que o juiz é independente para que não seja sujeitado a interferências ilícitas do poder político, do poder econômico, do poder da mídia, em linhas gerais, de corruptores. Entretanto, enquanto membro de um Poder da República, o juiz deve estar sujeito à lei (e à Constituição e aos princípios), como quer Streck, e também aos precedentes, como quer Marinoni, uma vez que essa sujeição não irá significar subordinação indevida, já que o magistrado não estaria subordinado a ministros e desembargadores, mas, sim, a tribunais, que têm a função de conferir unidade à interpretação do direito (aqui se admite a interpretação feita de forma adequada, hermeneuticamente falando).

O que se pretende então, importante destacar, não é a construção de uma defesa desse sistema de precedentes brasileiro, ou do que se chama de sistema de precedentes. Há ainda grandes reservas com relação a ele, principalmente porque não veio precedido de uma discussão adequada sobre a construção da decisão judicial, o que gera, com o perdão do neologismo indelicado, uma “jurisimprudência” brasileira<sup>84</sup>. Entretanto, imaginando-se um sistema ideal, em que decisões judiciais são corretamente construídas, com respeito ao contraditório, com magistrados sendo obrigados a responder aos argumentos e provas trazidos pelas partes de forma completa, sem subterfúgios, lugares-comuns, saídas pela tangente e com a utilização de frases feitas sem sentido algum, há que se superar essa ideia antiquada de que o juiz pode julgar como quiser, por ser independente.

Busca-se a proteção do magistrado singularmente considerado de atos de corrupção, entretanto, ainda que o sistema possa apresentar pontos de desvio ético e legal, não pode ele ser considerado um sistema corrupto. O sistema como

---

<sup>83</sup> Idem, 2012, p. 45.

<sup>84</sup> Nesse sentido: “O que se vê na prática forense é a má construção do diálogo processual e, conseqüentemente, da decisão judicial, decorrente da utilização de saídas pouco defensáveis, tais como chamar decisão judicial de jurisprudência dominante e posição isolada de doutrina pacificada, numa frágil tentativa de convencer as partes a respeito do entendimento a que chegou o juiz, em muitos casos, antes mesmo de analisar o caso concreto.” (HELLMAN, Renê Francisco. Teoria da Decisão Judicial: o antecedente do precedente. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, Ano 7, 12º vol, p. 706-721. jul. a dez. de 2013, p. 713.).

construído é, em si, correto. A corrupção é posterior ao sistema e deve ser combatida, mas isso não pode significar que o juiz, em nome dessa proteção contra a corrupção, possa ser um ponto fora da curva, possa ir para além do sistema.

Exemplificando muito grosseiramente: se um magistrado de primeira instância é pressionado por um desembargador para decidir de uma determinada forma, não se está aqui falando de ato jurisdicional deste desembargador e, sim, em um ato de corrupção. Assim sendo, quando o magistrado de primeira instância segue precedente adequadamente construído de tribunais superiores a ele, conferindo unidade à interpretação do direito, não está fazendo nada mais do que se subordinando ao próprio sistema, o que não é ilegal e não fere a sua independência, já que esta é característica do próprio Judiciário do qual faz parte aquele juiz.

Simplificando ainda mais: o juiz é independente de pressões indevidas externas, mas não pode ser independente da lei (*lato sensu*) e nem mesmo do próprio Poder Judiciário.

Importante frisar, nenhum doutrinador sério que faça a defesa de um sistema de precedentes admite que o juiz seja impossibilitado de discordar da orientação formada no tribunal<sup>85</sup>. As raízes dos precedentes no *common law* já indicam a possibilidade de ele ser superado, revogado, parcialmente afastado, desde que haja a construção de fundamentação suficiente, que convença a respeito dessa necessidade de não aplicação do precedente a um determinado caso concreto.

---

<sup>85</sup> “Como é evidente, diante de casos distintos o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe, nesta situação, realizar o que o *common law* conhece por *distinguished*, isto é, a diferenciação do caso que está para julgamento. Da mesma maneira, o juiz pode deixar de decidir de acordo com decisão que já prolatou, ainda que diante de caso similar, quando tem justificativa para tanto e desde que procedendo à devida fundamentação do motivo pelo qual está alterando a sua primitiva decisão.” (MARINONI, op. cit., p. 64).

Por fim e não menos importante, vale menção às ideias sempre oportunas de Calmon de Passos, para quem o magistrado é servidor e não senhor, já que, e aqui bebendo na fonte grega de pensamento, se o cidadão não puder julgar o seu julgador, cidadão não seria e, sim, servo. Ensina o mestre baiano:

Dizer-se que a tarefa hermenêutica não é carregada de poder criativo e que não há necessidade de institucionalizar instrumentos que assegurem a correção do processo hermenêutico, que pode ser distorcido por incompetência e por improbidade, é pretender-se negar o que se invoca para legitimar o controle dos atos da autonomia privada e dos agentes investidos nas demais funções do Estado. Daí porque não se pode fugir ao imperativo de que o único sujeito que não pode ser controlado, porque sujeito do poder constituinte, é o corpo político, ou, se quisermos, a multidão, no dizer ainda não de todo claro de Antonio Negri.<sup>86</sup>

Desse modo, verifica-se que a independência judicial passa ao largo de ser liberdade desmesurada para que o juiz possa atribuir o sentido que quiser ao texto legal, sem considerar, ainda, todo o histórico do que já vinha sendo decidido por seus pares. Isso não significaria independência e, sim, rebeldia e não se pode imaginar que haja julgador rebelde com relação à lei e ao sistema (considerado em tese) de que faz parte. Que haja rebeldia contra a corrupção do sistema, a fim de que se possa promover, também nas decisões judiciais, o direito fundamental à igualdade, de maneira que os cidadãos não sejam reféns das consciências de seus magistrados singularmente considerados.

Feitas essas considerações, resta a conclusão a respeito da vinculação do juiz aos precedentes caso se queira a implantação de um sistema decisório íntegro e que promova a segurança jurídica e a igualdade.

Isso não quer dizer, entretanto, que um sistema decisório íntegro vá significar o engessamento da construção jurisdicional do Direito. Ao contrário. A vinculação do juiz aos precedentes não implicará na sua obediência cega ao entendimento do passado, eis que o próprio sistema de precedentes prevê mecanismos de atualização, seja pela não aplicação do precedente naquele caso (*distinguishing*), seja pela sua superação total (*overruling*), seja pela sua superação parcial (*overriding*).

Com efeito, o sistema de precedentes do *common law* foi construído a partir

---

<sup>86</sup> PASSOS, op. cit., p. 214.

da dinâmica evolutiva do Direito, de maneira que se afigura até mesmo contraditório quando se pensa em precedentes como fator de engessamento do Direito.

Talvez essa visão restritiva seja decorrência, no Brasil, daquela confusão de conceitos indicada alhures, em que se consideram, por exemplo, súmulas como precedentes. Em vista da sua natureza e da forma de construção e revogação, as súmulas acabam por engessar, de certa maneira, o Direito, pois buscam direcionar o futuro, assumindo, por vezes, o papel da própria legislação.

O precedente, por outro lado, não se volta ao futuro. Ele, a bem da verdade, é encontrado no futuro, mas construído no passado, com vistas a solucionar um caso concreto e sem pretensões de firmar uma regra a que deverão ser subsumidos casos outros. O ponto de vista é diferente.

Embora ambos operem efeitos no futuro, apenas o precedente é encontrado no futuro, já que firmado no passado para solução do caso que, naquele tempo, fazia-se presente. A súmula não. Ela é construída a partir do passado (extrato da jurisprudência dominante) e volta-se aos casos futuros, como se quisesse prevê-los e, desde já, regulá-los. É a súmula encontrada desde a sua construção, diferente do precedente, que não nasce com essa pecha. Ela é atribuída no futuro.

Ultrapassada essa confusão conceitual, então, é evidente que o engessamento contraria a própria natureza do precedente, dada a sua dinamicidade. Ao juiz do caso presente que, ao buscar substância para decidir no passado, defronta-se com uma decisão com características de precedente é imposta a conduta de analisá-lo, comparando as molduras fáticas de que dispõem os casos e buscando na *ratio* do precedente a regra universalizável lá firmada, a fim de verificar se ela pode orientar a solução do caso presente.

Vinculado que está ao precedente, já que é parte de um sistema decisório íntegro, o juiz há de considerá-lo no momento de decidir, mas não para simplesmente repeti-lo, como se fora um autômato e nem solenemente desobedecê-lo, como se fora um rebelde que pudesse partir de um grau zero de sentido. É dever do juiz aplicá-lo, se possível, mas, caso entenda que com o caso presente aquela decisão não guarda correspondência, deverá operar com a técnica da distinção, indicando, fundamentadamente, as razões pelas quais entende ser

incabível seguir o precedente.

A isso, no *common law*, se dá o nome de *distinguishing*, que, nas lições de Neil Duxbury, é o que fazem os juízes quando operam a distinção entre um caso e outro, a fim de verificar se há diferenças factuais consideráveis que possam levar à aplicação insatisfatória do precedente<sup>87</sup>.

Note-se que a técnica da distinção é o reforço da independência do Poder Judiciário, pois permite ao juiz contribuir para a evolução do Direito, encontrando a solução adequada para o caso a ele submetido, sem, no entanto, que isso signifique um ato de rebeldia, que possa gerar consequências danosas à segurança jurídica.

A distinção, assim, não irá significar a superação do precedente, já que ele foi afastado por não se enquadrar no caso presente.

E há, também, a possibilidade de superação do precedente, seja parcial, seja totalmente, a partir das técnicas do *overriding* e do *overruling*, respectivamente.

Da mesma forma como na distinção, a superação exige que o juiz conheça o precedente e fundamente a nova tomada de posição.

Thomas da Rosa de Bustamante indica que o *distinguishing*, o *overruling* e o *fact-adjusting* são três casos diferentes de *departure*, vale dizer, de afastamento do precedente judicial. Para ele, o *overruling* é a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu<sup>88</sup>, de modo que:

O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita aceita como um precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria *validade* da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguish* (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial).<sup>89</sup>

Marinoni, com base na doutrina do *common law*, ensina que a revogação do

<sup>87</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of the precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

<sup>88</sup> BUSTAMANTE, op. cit., p. 87-88.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 88.

precedente deve basear-se na perda de congruência social da norma do precedente e no surgimento de inconsistência sistêmica, sempre levando-se em conta os critérios que informam a necessidade de sua estabilidade: “a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta”<sup>90</sup>.

E é justamente na preocupação com a segurança jurídica, manifestada na faceta da confiança, que os norte-americanos têm repensado a questão da retroatividade das decisões que têm por finalidade revogar um precedente<sup>91</sup>.

Surge, então, a figura do *prospective overruling*, que pode manifestar-se de três maneiras: o *prospective overruling* propriamente dito, que é aquele em que há revogação do precedente, firmando-se um novo, que passa a valer a partir daquele caso; o *pure prospective overruling*, quando a revogação do precedente não vale nem para o caso em julgamento e nem para os ocorridos antes da decisão e o *prospective prospective overruling*, que se dá quando o novo precedente passa a valer para os casos ocorridos a partir de uma data determinada pelo tribunal<sup>92</sup>.

Essas técnicas conferem ao sistema de precedentes a dinamicidade necessária, a fim de garantir que a produção judiciária não fique engessada, garantindo, inclusive, ao magistrado que faça ressalva de seu posicionamento pessoal, na hipótese de não concordar com a regra do precedente e não poder afastá-la, de modo que indique ao tribunal suas razões, a fim de motivar eventual mudança no entendimento.

### 1.3.2 Súmula vinculante

A súmula vinculante, apesar de contar com antecedentes históricos já longevos, é instrumento processual relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido inserida na Constituição Federal (art. 103-A) a partir da

---

<sup>90</sup> MARINONI, op. cit., p. 391.

<sup>91</sup> LEDERMAN, Howard Yale. Judicial overruling: Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, set. 2004, p. 21 e segs. Disponível em: <https://www.michbar.org/journal/pdf/pdf4article740.pdf>. Acessado em: 31/08/2014.

<sup>92</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the Common Law*. Harvard: Harvard University Press, 1988, p. 127, 128.

Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>93</sup>. Posteriormente, foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006.

Prevê o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF), de ofício ou por requerimento, em matéria constitucional, editar súmula com caráter vinculante aos órgãos jurisdicionais e administrativos, desde que mediante decisão de, no mínimo, dois terços dos seus membros. A Constituição Federal exige, para a edição da súmula vinculante, que haja reiteradas decisões da corte suprema sobre o tema objeto da enunciação.

Como se vê, a edição da súmula vinculante deve vir cercada de vários cuidados, a fim de que não signifique usurpação de poder pelo Judiciário, uma vez que se está a tratar, de certa forma, da edição de uma norma genérica, que irá impor um determinado comportamento aos órgãos jurisdicionais e administrativos, atentando-se o legislador constituinte derivado reformador para o alerta lançado por Teresa Arruda Alvim Wambier em trabalho anterior à emenda constitucional de que aqui se trata, segundo o qual nem tudo pode ser objeto de súmula, mas exclusivamente teses jurídicas e que as súmulas vinculantes sejam “elaboradas com muito mais critérios e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos *mais complexos do que gerados pela própria lei*”<sup>94</sup>.

Em destacado trabalho sobre o assunto, Eduardo Lamy coloca a súmula vinculante como caudatária do movimento constitucionalista, inspirado nos termos pós-positivistas, que trouxeram para dentro do direito a preocupação com determinados valores. Assim, deu-se ênfase à instrumentalidade do processo e a

---

<sup>93</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

<sup>94</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*. São Paulo: RT, 2001, p. 320.

atividade jurisdicional deixou de ser entendida como uma mera resposta à provocação da parte e passou a vigorar a concepção de que ela deve perseguir o resultado do processo, que é a aplicação efetiva do direito substancial. Para o autor, de nada adiantaria “a não vinculatividade das súmulas aos demais órgãos do Poder Judiciário se as indagações constitucionais e infraconstitucionais relevantes são, essencialmente, respondidas pelos tribunais superiores”<sup>95</sup>.

Com Georges Abboud, parte-se do pressuposto que o conceito de súmula não se confunde com o de precedente. As diferenças apontadas por Abboud passam: 1) pelo modo de aplicação, sendo que “o precedente constitui-se num critério jurídico que serve como problematização e fundamentação para casos análogos”, ao passo que a súmula “tem *status* de entidade geral e abstrata que estabelece uma disposição de natureza legislativa para os casos concretos que ela abrange lhe vão referidos como casos da sua aplicação”; 2) pelo conteúdo, pois da súmula verifica-se o conteúdo facilmente a partir da análise do verbete editado pelo STF, já do precedente não se pode dizer que há a mesma facilidade, pois “precedentes não são prescrições literais e abstratas no formato legislativo, o precedente deve ser identificado com o caso decidido”, de maneira que toda a fundamentação seja levada em conta para o desvelar da *ratio decidendi*; 3) pela finalidade, que, na visão de Abboud, distancia o precedente da súmula vinculante, já que o primeiro visa à renovação do sistema e a segunda ao seu engessamento; 4) pelo âmbito de vinculação, tendo a súmula vinculante, de acordo com o autor, a pretensão de apreender a razão, diferencia-se do precedente, que permite os ajustes jurisprudenciais, a partir das técnicas adequadas de fundamentação, o que não se vislumbra no regramento da súmula vinculante, que prevê a cassação da decisão judicial que não aplicá-la; por fim, 5) pela natureza jurídica, as súmulas, por serem prescrições literais, voltadas a regular o futuro, diferenciam-se enormemente dos precedentes, que são “descobertos” no futuro, mas foram gerados para resolver casos específicos no passado<sup>96</sup>.

A súmula é, sem dúvidas, uma das facetas da importância que vem ganhando o direito jurisprudencial no ordenamento brasileiro, assim como o é o precedente, mas com ele não se confunde. A sua análise, entretanto, é de

<sup>95</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, vol. 120, fev/2005, p. 114-115.

<sup>96</sup> ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, vol. 165, nov/2008, p. 218-228.

fundamental importância, pois ela implica em consideráveis consequências para o sistema de precedentes que se busca implantar. Pode-se dizer, inclusive, que as súmulas foram parte dessa aproximação do *civil law* brasileiro e o *common law*, funcionando como porta de entrada, por via transversa, das experiências deste sistema jurídico na estabilidade dos julgados.

É certo que as súmulas brasileiras tiveram clara influência nos assentos portugueses, também pensados como garantias “contra a exorbitância do poder judicial”<sup>97</sup>, com a considerável diferença de que elas não tinham o condão de vincular as decisões do Judiciário, mas tão somente de persuadir<sup>98</sup>.

Levando-se em conta que as súmulas não são precedentes, há que se dizer que elas podem nascer de precedentes e, aí então, se devidamente interpretadas, poderiam servir como fator de racionalização concreta e democrática das decisões judiciais.

Da forma como as súmulas são encaradas atualmente na prática forense, mais se parecem com textos legais do que com textos judiciais. O fato é que a interpretação das súmulas não leva em consideração o que lhes antecedeu, olvidando-se o conjunto fático dos casos de que elas resultaram, como se elas fossem o estabelecimento de um grau zero de sentido.

E aí reside um grande equívoco, pois faz o direito sumular muito mais próximo de um modelo de *civil law*, fundado no positivismo exegético, do que de um sistema de *common law*, em que se dá concreta valorização das decisões judiciais.

Diz-se isso porque, apesar de serem as súmulas fruto da obra jurisdicional, se tomadas como marcos primeiros de regramento, sem consideração sobre as decisões que lhe antecederam, serão verdadeiras leis produzidas por um poder que não dispõe dessa prerrogativa e quedarão, ao fim e ao cabo, por fomentar a discricionariedade judicial, permitindo que cada julgador as interprete como determinar a sua consciência ou por restringir imotivadamente a interpretação judicial, coibindo-se a atividade de distinção que o julgador deve fazer quando se depara com um precedente jurisdicional.

---

<sup>97</sup> REIS, Alberto dos. *Apud* CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 98.

<sup>98</sup> LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, p. 110-113, Jan-1996.

Eduardo Oteiza, em trabalho sobre os modelos das cortes supremas na América Latina, quando compara os modelos de uniformização de entendimento do Brasil e do México, destaca que “as teses e as súmulas têm sido incorporadas para uniformizar o entendimento do texto legal e reduzir a carga de trabalho dos tribunais”, olvidando-se o aspecto principal que seria o de “robustecer a função do Poder Judicial e seu âmbito de decisão”<sup>99</sup>.

Em crítica contundente à proliferação das súmulas e à importância que elas vêm ganhando no direito brasileiro, Gustavo Santana Nogueira alerta para o enfraquecimento da evolução do direito em decorrência da utilização das súmulas para otimizar o tempo de julgamento e não necessariamente para gerar estabilidade e continuidade no direito<sup>100</sup>. Para ele:

O problema das súmulas é a sua pretensão de sintetizar uma *ratio decidendi* extraída dos precedentes escolhidos para justificar a sua edição em poucas linhas. É muito difícil conseguir, via súmula, expressar o verdadeiro significado de um precedente, e isso provoca a sua má aplicação, e ainda diminui a sua força. A partir do momento em que um precedente – verdadeiro *leading case* – é decidido pelo Tribunal com a consciência de que está diante de um *leading* e paradigmático case, a tendência desse Tribunal é debater com mais intensidade as questões de direito que ali se colocam, produzindo assim um julgamento mais rico e de mais qualidade. Julgamentos posteriores, que deveriam ser reduzidos – quiçá eliminados – produzem uma frutificação inútil de precedentes, que vão tornando o *leading case* mais distante e mais empobrecido, até que ele “morre” de vez quando aqueles reiterados precedentes são sintetizados em uma súmula.<sup>101</sup>

André Ramos Tavares defende que as súmulas vinculantes devem nascer de um “processo de transposição do concreto para o abstrato-geral e como transcendência dos efeitos em controle abstrato-concentrado”, de modo que sejam eliminados os “fatores concretos que caracterizavam as decisões anteriores que serviram de base para deflagrar (justificar) a formulação da súmula vinculante”<sup>102</sup>.

Não se pode, entretanto, confundir o exercício de abstração realizado pelo STF no momento da edição da súmula com eventual permissão ao julgador que

---

<sup>99</sup> OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, vol. 187, set-2010, p. 191.

<sup>100</sup> NOGUEIRA, op. cit., p.249.

<sup>101</sup> Ibidem, p.248.

<sup>102</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 15.

aplicará o comando geral em casos futuros para que possa julgar sem conectar as origens fáticas e jurídicas da súmula com as particularidades do caso concreto em exame. A aplicação da súmula exige justamente um caminho inverso: da abstração para a concretização do comando. Enquanto a corte suprema livra-se do contexto fático, o aplicador deve investigá-lo a mais não poder, para então aplicar o comando normativo sumular, desvendando as motivações fáticas e jurídicas que levaram à construção da súmula.

Tavares afirma enxergar uma aproximação entre os modelos de *civil law* e de *common law* a partir da encampação, pelo direito brasileiro, da ideia de vinculação por súmulas, que se aproximaria, em certos aspectos, do *stare decisis*, por dois motivos: 1) “preocupação exclusiva com casos concretos”; 2) “necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares”<sup>103</sup>.

Com a devida vênia, entretanto, repisa-se a ideia de que a edição, pelo Judiciário, de um texto normativo de caráter abstrato, que tem o condão de orientar decisões futuras e que é criado com esse escopo fundamental, mais se distancia do que se aproxima do modelo do *common law*, já que, ao contrário do afirmado por Tavares, a práxis demonstra pouca preocupação com o caso concreto e um excessivo intento generalizante das decisões judiciais, como se se quisesse formular teses e não resolver conflitos específicos.

Galeno Lacerda já alertava antes mesmo da criação das súmulas vinculantes sobre o risco que o ordenamento jurídico brasileiro corre ao atribuir importância demasiada às súmulas, fazendo menção ao engessamento que os precedentes haviam causado no sistema anglo-americano e à forma inteligente com a qual os ingleses lidaram com a situação:

Por incrível que pareça, depois de cinco séculos, o fenômeno se repete no Brasil, graças à invenção da Súmula, isto é, à mumificação do precedente, com o grave defeito de anestesiá-la a consciência do juiz para as peculiaridades do caso, já que é fácil e cômodo sufocá-las, para adotar-se a súmula do genérico. Ora, a justiça reside nos fatos, na riqueza e na beleza diversificada de seus matizes, e não no espartilho seco e asfíxiante do precedente.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>104</sup> LACERDA, Galeno. Revisão do conceito de federação. Sistema de recursos e de ações constitucionais. Abolição do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 3, abr-1993, p. 246-247.

Mais uma vez: não se diz que súmulas são precedentes. Elas podem, isso sim, decorrer de precedentes e devem ser utilizadas a partir desse viés, ou seja, possibilitando que o julgador do caso futuro acesse os fatos e fundamentos que geraram aquele enunciado, de modo que possa considerá-los no momento da aplicação da súmula.

Assim, a súmula não seria um instrumento que se bastaria em si para fundamentar a decisão judicial e, sim, que impor a obrigação do juiz de análise detalhada dos precedentes que a geraram, realizando a efetiva distinção, a fim de aferir a possibilidade de aplicação daquela regra geral universalizável no caso que se está a decidir.

Do contrário, se estaria abrindo caminho para uma avalanche autoritária, em que a interpretação jurisprudencial das cortes de vértice suplantara o próprio poder Legislativo.

Alfredo Buzaid, que havia proposto, embora sem sucesso, a ideia de emissão de um assento para unificação da jurisprudência, com força de lei em todo o território nacional, quando da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973<sup>105</sup>, já sinalizava, nas últimas décadas do século XX, que a finalidade da súmula seria criar um clima de segurança na ordem jurídica, não havendo que se falar na imposição de “uma cega obediência ao primado da exegese, desvanecendo ou estiolando o espírito criador dos juristas em busca de fórmulas novas que atendam ao objetivo da justiça”<sup>106</sup>.

Nessa esteira, qualquer tentativa de se fazer da súmula um grau zero de sentido será desmerecedora da própria democracia, pois, se o instituto não serve para engessar a produção judicial, mas para criar segurança jurídica, é imperativo que o aplicador do direito exercite a reflexão sobre o texto do enunciado à luz do ordenamento constitucional, da lei e das decisões que geraram a súmula, cotejando-os com os fatos do caso presente e os fundamentos jurídicos invocados pelas partes.

A súmula, na verdade, torna a construção da decisão judicial mais trabalhosa e não mais facilitada como se quer fazer crer com a prática de boa parte do Judiciário brasileiro, que a torna um meio breve e raso de decidir.

---

<sup>105</sup> LAMY, op. cit., p. 113.

<sup>106</sup> BUZOID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, n. 34. Porto Alegre, 1985, p. 212.

No I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil, realizado nos dias 26, 27 e 28 de agosto de 2014, o professor italiano Michele Taruffo fez interessantes digressões a respeito do tema. Ao estabelecer as diferenças entre os paradigmas universalista e particularista da decisão judicial, Taruffo alerta que:

Se se tem em conta estas considerações, mas outras podem ser invocadas em favor do particularismo, como sobretudo sua maior aderência ao que realmente acontece na administração da justiça, a versão do universalismo jurídico de que se falou anteriormente aparece caracterizada, como já se acenou, como uma concessão fortemente burocrática e substancialmente autoritária. Isso parece evidente no momento em que se consagra um modelo piramidal em que é somente o vértice que "diz o direito", de modo vinculante a todos e *once and forever*. Além disso, desta forma o direito é "dito" com fórmulas com alto grau de abstração, sem considerar uma coisa óbvia, que quanto mais alto se vai na escala de abstração, mais se perde de vista o concreto, ou seja, a realidade. O resultado é uma imagem parcial, unilateral e deformada da administração da justiça, como se essa ocorresse apenas ao nível das cortes supremas, enquanto as decisões das cortes inferiores, e sobretudo aquelas dos juízes de primeira instância, ou seja, as que se ocupam do accertamento dos fatos e da aplicação da norma nos casos particulares, seriam irrelevantes.<sup>107</sup>

Com isso, é importante que as súmulas vinculantes sejam entendidas, construídas e aplicadas de maneira que não signifiquem a imposição de mais uma norma de caráter genérico e abstrato, mas sim como produto de uma construção jurisprudencial fundada em casos concretos e destinada a orientar a aplicação da norma em casos concretos futuros, em que se devem levar em conta as particularidades fáticas seja das decisões já construídas, seja da decisão em construção.

---

<sup>107</sup> *"Se si tien conto di queste considerazioni, ma altre se ne potrebbero invocare a favore del particolarismo, come soprattutto la sua maggiore aderenza a ciò che accade realmente nell'amministrazione della giustizia, la versione dell'universalismo giuridico di cui si è parlato in precedenza appare caratterizzata, come si è già accennato, da una concezione fortemente burocratica e sostanzialmente autoritaria. Ciò pare evidente nel momento in cui si consacra un modello piramidale in cui è solo il vertice a "dire il diritto", in modo vincolante per tutti e once and forever. Per di più, in questo modo il diritto viene "detto" con formule ad alto grado di astrazione, senza considerare una cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista il concreto, ossia la realtà. Ne risulta un'immagine parziale, unilaterale e deformata dell'amministrazione della giustizia, quasi che essa si svolga solo al livello delle corti supreme mentre le decisioni delle corti inferiori, e soprattutto quelle dei giudici di prima istanza, ossia proprio quelli che si occupano dell'accertamento dei fatti e dell'applicazione delle norme nei casi particolari, fossero irrilevanti"* (TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*. Trad. João Eberhardt Francisco. São Paulo, I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil, 26/08/14. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>. Acesso em 09/11/2014).

Para Taruffo, talvez o melhor caminho decisório seja encontrado a partir do denominador comum entre o universalismo e o particularismo extremos, de maneira que as cortes de vértice sejam sensíveis às particularidades das decisões concretas e as levem em consideração na formulação das suas teses, ao passo que os tribunais e juízes de instâncias inferiores acatem as interpretações formuladas pelos tribunais superiores na medida em que elas forneçam elementos capazes de possibilitar a realização da justiça nos casos concretos, não se olvidando jamais das particularidades de cada um deles<sup>108</sup>.

Assim, considerando-se que a súmula vinculante é um dado do sistema, que seja ela construída nos moldes estabelecidos constitucionalmente e entendida não como um precedente, mas, sim, como o resultado de vários precedentes, que devem ser conhecidos e interpretados no momento da sua aplicação, a fim de que não ocorra o engessamento do direito.

### 1.3.3 Repercussão geral no recurso extraordinário

A partir da chamada “Reforma do Judiciário”, empreendida pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004, foi incluído o §3º ao artigo 102 da Constituição Federal<sup>109</sup>, de maneira que, para o processamento do Recurso Extraordinário (RE), a parte deve demonstrar a repercussão geral incidente sobre o tema a ser debatido pelo STF na análise do caso, deslocando-se o foco das partes processuais para a sociedade, “pois o objetivo primário da intervenção da Corte não será a lide, mas o impacto indireto que a sua solução levará ao *grupo social relevante*”, numa clara representação das funções nomofilática<sup>110</sup>, uniformizadora<sup>111</sup> e paradigmática<sup>112</sup> do RE<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

<sup>110</sup> “... tem como objetivo a tutela do *direito*, assim entendido como sistema composto de regras e princípios, bem assim o conteúdo axiológico que nos princípios repousa” (DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 273).

<sup>111</sup> “... visa à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, mediante a uniformidade da aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência” (Ibidem, p. 273).

<sup>112</sup> Redução do número de recursos e de pronunciamentos do STF. (Ibidem, p. 271).

<sup>113</sup> Ibidem, p. 271.

A fim de regulamentar a disposição constitucional, foi editada a Lei n. 11.418/2006, que inseriu no Código de Processo Civil de 1973 os artigos 543-A<sup>114</sup> e 543-B<sup>115</sup>. No Novo Código de Processo Civil, a base dos dispositivos foi mantida, acrescentando-se ao texto alguns pontos, no artigo 1.035<sup>116</sup>, ampliando, nos incisos do §3º, as hipóteses de ocorrência da repercussão geral.

Onde antes se falava na existência de repercussão geral quando houvesse impugnação a decisão que contrariasse súmula ou jurisprudência do STF, agora se tem a previsão de que há repercussão geral quando o recurso impugna decisão

<sup>114</sup> “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

<sup>115</sup> “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

<sup>116</sup> “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º. O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da

contrária a súmula ou a precedente do STF; contrária a tese fixada no julgamento de recursos repetitivos; ou quando questiona decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do artigo 97/CF. O que se vê a partir dessa mudança legislativa nas hipóteses de cabimento é a preocupação com a valorização do direito jurisprudencial.

Considerando que o objetivo da pesquisa não é analisar questões técnicas específicas do instituto da repercussão geral e, sim, avaliá-lo à luz da sua importância para a valorização do direito jurisprudencial, é imperioso destacar que há uma estreita ligação entre a exigência de repercussão geral para que o RE chegue ao STF e a necessidade de vinculação do Judiciário às decisões da Corte Suprema.

Marinoni e Mitidiero, em obra específica a respeito do instituto da repercussão geral, assinalam que

(...) a adoção de um mecanismo de filtragem recursal encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, destarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para

---

Constituição Federal.

§ 4º. O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º. Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º. O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º. Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 8º. Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º. O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão”.

realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira.<sup>117</sup>

A adoção de filtros recursais no sistema processual brasileiro encontra algumas resistências que são fundadas no direito fundamental de acesso à justiça, entretanto, ao que parece, tem ganhado corpo a tendência de que haja cada vez mais limitações para que os recursos cheguem aos tribunais de ordem superior, tendo em vista a imensa quantidade de litígios que abarrotam as suas prateleiras.

Cresce em importância a ideia de que os tribunais superiores não podem ser considerados como cortes de apelação e, sim, de cassação, de maneira que possam filtrar os litígios que lá chegam e, com isso, de certa maneira, selecionar as teses que pretendem firmar, de modo a orientar as decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores.

E o instituto da repercussão geral tem servido a esse desiderato, pois o seu objetivo é impedir que cheguem ao Supremo Tribunal Federal questões de menor relevância jurídica, econômica, política e social, que, em tese, não demandariam uma intervenção da corte suprema.

De acordo com a previsão legislativa do artigo 1.035/NCPC, a fim de que ao recurso extraordinário seja atribuída a característica de possuir repercussão geral, é necessário que a parte demonstre a existência de relevância econômica, política, social ou jurídica.

Outro fator determinante para que a repercussão geral seja reconhecida é a existência de contrariedade à súmula ou à jurisprudência do STF na decisão impugnada. Essa previsão em específico demonstra a preocupação do legislador com a integridade decisória e indica que o direito brasileiro já vem caminhando para alcançar a padronização das decisões, de modo que haja maior racionalidade.

É certo que por ser esse um processo lento, ainda há grandes resistências a isso, fundadas, principalmente, na cultura jurídica de que a liberdade do juiz o autorizaria a decidir de forma contrária aos tribunais superiores.

A fixação de regra processual que possibilita à parte invocar o instituto da repercussão geral quando haja contrariedade à súmula ou à jurisprudência

---

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012, p. 22-23.

dominante não significa necessariamente que se está a falar de um sistema de precedentes, pois, como mencionado alhures, há diferenças fundamentais entre os conceitos de precedente, de súmula e de jurisprudência. No entanto, é um indicativo forte da preocupação com a integridade decisória, que pode ser favorecida a partir da aplicação correta do respeito à jurisprudência.

Outro ponto de fundamental importância para a racionalização dos trabalhos do STF no julgamento dos recursos extraordinários está previsto no artigo 543-B do CPC/73 e, agora, no artigo 1.036 do NCPC, que dispõe sobre a possibilidade de, em havendo multiplicidade de recursos sobre o mesmo tema e em sendo admitida a existência da repercussão geral, haver o sobrestamento dos demais nas instâncias inferiores. Uma vez identificada a existência de questão constitucional a que se possa atribuir a característica da repercussão geral, o STF selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e a sua decisão servirá como precedente a ser seguido pelos tribunais. Esse “influxo da decisão do STF sobre os processos sobrestados nos tribunais inferiores ‘objetiva’ aqueles feitos”<sup>118</sup>, descontextualizando-os do caso concreto.

Assim, quando decidida a causa representativa da controvérsia, caberá aos tribunais inferiores, a teor do artigo 1.040/NCPC: a) negar seguimento aos recursos sobrestados, na hipótese de a decisão impugnada coincidir com a orientação do STF; b) reexaminar a questão recorrida, caso a decisão impugnada contrarie a orientação do STF; c) manter o acórdão objeto do recurso e encaminhar este ao STF; d) retratarem-se e aplicar o entendimento do STF, decidindo as demais questões que eventualmente tenham ficado pendentes no aguardo da definição do STF.

O artigo 1.040, III/NCPC, por sua vez, dirige o seu comando aos magistrados de primeira instância, para impor a necessidade de aplicação da tese firmada pelo STF nos processos que tenham sido suspensos para aguardar o julgamento do extraordinário repetitivo. Além disso, em seus parágrafos, disciplina sobre a possibilidade de desistência da ação pela parte autora, após a definição da tese pelo STF, admitindo, inclusive, a desistência independentemente do consentimento do réu, mesmo que já tenha sido apresentada a defesa.

---

<sup>118</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 37.

Essas previsões impõem a chamada eficácia vertical da decisão do STF no julgamento dos recursos extraordinários (sem embargo da eficácia horizontal, que obriga o próprio STF a respeitar suas decisões anteriores), até mesmo porque seria um contrassenso que houvesse a regulamentação da repercussão geral, impondo-se uma série de requisitos que dificultam a chegada do recurso à corte suprema e, quando este fosse julgado, os órgãos jurisdicionais inferiores estivessem autorizados a discordar da orientação do órgão máximo do Judiciário.

Marinoni e Mitidiero traçam um paralelo entre eficácia horizontal da regra do *stare decisis* norte-americano e a eficácia *erga omnes* das decisões do STF em matéria constitucional. De outro lado, enxergam a similitude entre a *stare decisis* em sentido vertical e o efeito vinculante das decisões do Plenário do STF em matéria constitucional. Concluem, então, que “a atual conformação da jurisdição constitucional no Brasil não leva a outra conclusão senão a da aplicabilidade da doutrina da *stare decisis* entre nós”<sup>119</sup>.

### 1.3.4 Recursos especiais repetitivos

Na esteira da necessidade de se criarem meios que tornassem possível a atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em razão do grande número de recursos submetidos à apreciação do tribunal, foi introduzido no CPC/73, pela Lei 11.672/2008, o artigo 543-C<sup>120</sup>, que disciplina sobre a existência de múltiplos

<sup>119</sup> MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 29.

<sup>120</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º. Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º. O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º. Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º. Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de

recursos especiais que discutam a mesma questão de direito e prevê a possibilidade de sobrestá-los na origem, selecionando um ou mais recursos representativos da controvérsia, para que sejam levados ao STJ e lá apreciados.

Com a entrada em vigor do NCP<sup>121</sup>, haverá a unificação do tratamento legislativo aos recursos repetitivos, sejam eles extraordinários ou especiais. Então, as mesmas regras já analisadas no tópico anterior são válidas para os recursos especiais.

Uma vez definida a questão pelo STJ, os tribunais de instâncias inferiores poderão denegar seguimento aos recursos especiais sobrestados cujos acórdãos coincidam com a orientação do STJ ou reanalisar os processos em que tenham firmado entendimento divergente da corte superior, de modo a adaptá-lo à nova orientação.

De todo modo, o tribunal de origem inferior poderá manter a sua decisão, deixando de seguir o entendimento fixado pelo STJ, ocasião em que deverá remetê-

---

habeas corpus.

§ 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º. Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º. O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

<sup>121</sup> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º. O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º. O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º. Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 4º. A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º. O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º. Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

lo à corte superior para análise do mérito. Para Marinoni, ao tribunal ordinário, na hipótese de ter, na apelação, proferido julgamento em sentido contrário ao STJ, não haveria “alternativa a não ser retratar-se, aplicando o texto legal de acordo com o significado que lhe foi atribuído pela Corte Suprema”. A não retratação somente seria possível se o caso concreto não abrisse oportunidade para aplicação do precedente, quando se deveria proceder à distinção<sup>122</sup>.

De acordo com o referido autor, na hipótese de o tribunal de apelação, sem proceder ao *distinguishing*, deixar de aplicar a orientação firmada pelo STJ, haverá violação à autoridade do precedente, do que decorreria a possibilidade de, concomitantemente ao recurso especial já manejado, propor-se a reclamação, com fulcro no art. 105, I, f/CF<sup>123</sup>.

Como se vê, a criação de uma sistemática que possibilita o sobrestamento de recursos especiais nas instâncias inferiores, com a seleção de uma parcela deles, representativa suficiente da controvérsia, para que o STJ possa analisá-la e firmar a sua tese é, em certa medida, iniciativa que se assemelha a um sistema de precedentes.

O intenso volume de serviço a que são submetidos os juízes componentes das cortes da instância máxima do Judiciário brasileiro foi o ponto de partida para que o legislador pensasse em caminhos que pudessem abreviar a duração dos processos e trouxessem racionalidade decisória. Entretanto, não é esta a única justificativa fundante, uma vez que se busca, além disso, “garantir a coerência do direito e a igualdade (...) quando se tem em conta que o recurso repetitivo almeja evitar que os recursos especiais recebam decisões diferentes”<sup>124</sup>.

Com a implantação da sistemática dos recursos repetitivos, o STJ passa a exercer, de fato, a sua função de construtor de teses a orientar a aplicação do direito federal. Marinoni enxerga nesse sistema uma das oportunidades para que a corte suprema (e esta denominação é usada para caracterizar tanto o STJ quanto o STF ou mesmo qualquer outro tribunal superior, já que o autor entende que desempenham essas cortes o papel de vértice do sistema processual) outorgue sentido ao direito, firmando precedentes<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Idem, 2013, p. 238.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>125</sup> Ibidem, p. 228-229.

### 1.3.5 As propostas de repercussão geral no recurso especial

Há atualmente em trâmite no Legislativo federal duas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) em que se objetiva a inserção de um dispositivo que preveja a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso especial.

A PEC 209/2012, de autoria dos deputados Rose de Freitas e Luiz Pitiman, objetiva a inserção no §1º do art. 105/CF do seguinte texto, com a renumeração dos demais:

No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.<sup>126</sup>

Além desta, há outra PEC, de n. 17/2013, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço e outros, com o mesmo objeto, a saber:

No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros da corte especial.<sup>127</sup>

Como se pode ver, a diferença entre as duas propostas reside no fato de que a segunda prevê como órgão competente para análise da existência da repercussão geral a corte especial do STJ, enquanto que a primeira, ao falar em órgão competente, transmite à legislação infraconstitucional a incumbência de definir qual seria o órgão jurisdicional a realizar a análise da admissibilidade do recurso especial.

---

<sup>126</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>. Acessado em 04/12/2014.

<sup>127</sup> BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2013*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=112088](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112088). Acessado em 04/12/2014.

A discussão sobre a necessidade de instalação de mais um filtro recursal ao STJ remonta à época da instituição da repercussão geral no recurso extraordinário, uma vez que, é sabido, STJ e STF guardam grandes semelhanças nas suas atribuições dentro do sistema Judiciário. O que há é uma distribuição de competências que não se sobrepõem, já que um é responsável por firmar a interpretação adequada e última sobre o direito federal infraconstitucional e outro sobre o direito federal constitucional. Parte da doutrina já manifestava perplexidade frente à EC 45/2004, que considerou existir temas constitucionais não relevantes, ao exigir a demonstração da repercussão geral no extraordinário, e o mesmo não fez com relação ao especial, dando a entender, por isso, que todas as questões federais infraconstitucionais fossem relevantes<sup>128</sup>.

Assim como ocorre com os defensores do instituto da repercussão geral para o recurso extraordinário, aqueles que encampam a ideia de que esse requisito passe a ser exigido também para o recurso especial baseiam-se no argumento de que existe um grande número de lides repetitivas, que quedam por abarrotar as prateleiras do STJ.

Marinoni acredita que os filtros existentes para o recurso especial “estão a reclamar séria e aprofundada revisão, de modo que possam elevar o Superior Tribunal de Justiça à sua real função de desenvolver o direito federal”<sup>129</sup>. Com isso, defende a necessidade de instituir-se mais um filtro recursal, consubstanciado na aplicação da regra da repercussão geral, que possibilitaria ao STJ funcionar como corte de precedentes e não como um tribunal de controle.

As exigências previstas na Constituição Federal para admissibilidade do recurso especial passam pela contrariedade à lei federal ou pela divergência de entendimento entre tribunais de segunda instância. Nesses casos, o STJ seria instado a manifestar-se sobre a questão federal. Entretanto, de acordo com Marinoni, o recurso especial baseado nesses dois requisitos básicos de admissibilidade ganhou um amplo espectro de utilização, pois, diante da falta de parâmetro interpretativo, invoca-se a contrariedade à lei federal, quando, na realidade, o que se tem é uma argumentação que demonstra que a decisão objeto do recurso contrariou a interpretação que o recorrente acredita ser correta e não

---

<sup>128</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 240.

<sup>129</sup> MARINONI, op. cit., p. 147.

necessariamente a lei<sup>130</sup>. E mais:

Por outro lado, pensando-se na técnica da divergência, é quase sempre possível encontrar decisão capaz de fundamentar o seu uso, dada a falta de vinculatividade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o número de Tribunais de Justiça e Regionais Federais e a frenética alternância de entendimentos nesses tribunais, hoje em Câmaras e Turmas compostas por magistrados que entram e saem de cena com grande liberdade e rapidez. De modo que o recurso especial, também nesse caso, não tem freios.<sup>131</sup>

Como se vê, a problemática reside na inexistência de vinculatividade das decisões das cortes supremas, defeito este gerado por uma série de fatores, dentre eles a crença de que o juiz é livre para decidir, estando apenas limitado à Lei (no caso, à interpretação que ele dá à Lei, entendida aqui no conceito amplo) e a falta de atenção das próprias cortes supremas aos seus julgados.

Arruda Alvim já defendia a necessidade de se instituir a arguição de relevância da questão federal infraconstitucional objeto do recurso especial. Para ele, não haveria que se falar em negativa de acesso à justiça com a instituição desse filtro recursal, uma vez que o Judiciário brasileiro possui estrutura de primeira e segunda instâncias que supririam as necessidades de acesso, de maneira que ao STJ caberia “resolver qualificadamente as questões que sejam relevantes ou fundamentais, tendo em vista a inteligência do direito federal”<sup>132</sup>.

A discussão passa, então, pelo papel que o STJ deve desempenhar na estrutura do Judiciário. Na linha de Marinoni, Daniel Mitidiero entende que o tribunal da cidadania deve ser encarado como uma corte suprema, com a função de construção de precedentes com eficácia vinculante, garantidora, portanto, da integridade da ordem jurídica<sup>133</sup>.

Por outro lado, não se pode deixar de trazer à baila as críticas formuladas por Calmon de Passos sobre a “Reforma do Judiciário” empreendida pela EC 45/2004, que estabeleceu filtros recursais aos tribunais de cúpula. Para o professor baiano, a gênese do problema é a “constitucionalização desabrida” dos temas

<sup>130</sup> Ibidem, p. 124-125.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 125.

<sup>132</sup> ARRUDA ALVIM, José Manual de. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, vol. 96, out. 1999, p. 39.

<sup>133</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 102-103.

jurídicos e a excessiva centralização legislativa na União:

A sobrecarga do STJ é outro problema insolúvel. Num país de violenta centralização política, o que acarreta a centralização legislativa, tudo é "questão federal". Teríamos que corrigir os desvios do nosso federalismo para resolvermos o problema do recurso especial. Some-se a isto o nosso atavismo de senhor de engenho investido de autoridade. Enquanto em países de menor população os tribunais que exercem a mesma função do nosso STJ têm mais de cem integrantes, o nosso permanece com seus trinta e poucos, *porque aumentar o número deles significaria para os Ministros perda de prestígio*. Solução viável: criar óbices para admissibilidade do recurso especial. Eles foram instituídos.<sup>134</sup>

Desse modo, pode-se dizer que o estabelecimento de filtros aos recursos dirigidos aos tribunais superiores, por si só, não significará uma evolução, já que se deixa de lado a discussão sobre a questão de fundo, que é relativa à própria construção do Estado brasileiro, que concentrou nas mãos da União uma série de competências legislativas e que agora padece com essa centralização excessiva.

### **1.3.6 Do incidente de uniformização de jurisprudência ao incidente de resolução de demandas repetitivas**

O CPC/73 prevê, no seu artigo 476, o incidente de uniformização de jurisprudência. Trata-se de instituto que tem por finalidade "unificar a jurisprudência de determinado tribunal"<sup>135</sup>. Cabe o referido incidente sempre que o julgador, ao proferir seu voto, verificar que a respeito do tema discutido no recurso há divergência de entendimento dentro do mesmo tribunal.

Uma vez suscitado o incidente, cabe ao órgão fracionário a análise da conveniência de submeter o tema ao plenário ou ao órgão especial do tribunal. Caso se entenda pela submissão, o julgamento do recurso fica sobrestado e os autos são remetidos ao presidente da corte, a fim de que este designe a sessão do julgamento.

Nos termos do artigo 479 do CPC/73, definida a posição do tribunal sobre o tema, é a matéria sumulada e passa a constituir "precedente na uniformização da

---

<sup>134</sup> Idem, 2008, p. 348.

<sup>135</sup> Idem, 2008, p. 485.

jurisprudência”.

A partir daí, o órgão fracionário retoma o julgamento do recurso, sendo obrigatória a adoção “da interpretação fixada pelo tribunal, que deverá necessariamente levá-la em consideração para decidir o caso concreto a partir do qual formado o incidente”<sup>136</sup>.

O NCPC, por sua vez, inovou ao não disciplinar sobre o incidente de uniformização de jurisprudência, prevendo outros mecanismos para garantir a uniformidade do entendimento.

Um dos instrumentos trazidos pelo NCPC foi o incidente de resolução de demandas repetitivas, “uma espécie de ampliação do instituto do recurso especial repetitivo, permitindo o julgamento conjunto de demandas desde sua proliferação em primeira instância”<sup>137</sup>.

De acordo com o artigo 976/NCPC, caberá o incidente de resolução de demandas repetitivas quando concorrerem dois requisitos: “I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

A primeira diferença que se pode identificar entre o incidente de uniformização de jurisprudência e o incidente de resolução de demandas repetitivas é de que este último possibilita já desde a primeira instância que o tema seja levado ao tribunal, a fim de que o órgão responsável fixe a tese jurídica e oriente a aplicação do direito para todos os casos que nela se enquadrarem.

Como se vê, o incidente de resolução de demandas repetitivas é muito mais amplo do que o incidente de uniformização de jurisprudência, já que possibilita a contenção da proliferação de decisões monocráticas diversas em ações repetitivas.

### **1.3.7 Sentença de improcedência sem citação**

Na reforma ocorrida no CPC/73 no ano de 2006, a partir da Lei n. 11.277,

---

<sup>136</sup> Ibidem, p. 486.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre e outros (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, vol II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 663.

foi inserido o artigo 285-A, que assim disciplina:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Já no NCPC, o dispositivo que possibilita o *juízo antecipadíssimo da lide*<sup>138</sup> ganhou corpo, nos seguintes termos:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º. O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

(...)

A princípio, percebe-se a evolução legislativa na redação dada ao dispositivo, que deixou de mencionar a hipótese de julgamento liminar sempre que a matéria fosse unicamente de direito, num claro reconhecimento de que é tecnicamente mais adequado que se reconheça a possibilidade de improcedência liminar quando, dentre outros requisitos, não houver a necessidade de produção probatória, pois mesmo as questões “meramente” de direito, quando levadas à discussão em um processo, serão orbitadas por fatos e, estes sim, podem independender de instrução para que sejam demonstrados.

Para além disso, alargou-se o rol das possibilidades de improcedência liminar do pedido, de sorte que fosse uma vez mais fortalecida a ideia de prestígio ao direito jurisprudencial.

Com a sistemática inaugurada pelo NCPC, a improcedência liminar do

---

<sup>138</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Em direção ao *common law*?. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *O processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2013, p. 371.

pedido deixa de basear-se em sentença anteriormente prolatada pelo juízo de primeira instância e passa a honrar a posição tomada pelos tribunais que estejam em situação de superioridade ao juiz de primeiro grau.

Discutiu-se à época da inserção desse mecanismo de julgamento *prima facie* a sua constitucionalidade. As críticas foram severas. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery defenderam a inconstitucionalidade, alegando que o dispositivo feria as garantias de isonomia, do devido processo legal, do direito de ação, do contraditório, da ampla defesa e o princípio dispositivo<sup>139</sup>.

Daniel Mitidiero, por sua vez, entende pela dissonância entre o disposto no art. 285-A do CPC/73 e a “dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório”<sup>140</sup>. Para ele, a regra do julgamento *prima facie* não condiz com o contraditório sob a ótica do autor da ação, já que esse direito fundamental deixou de dizer respeito apenas ao demandado, “logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive o demandante”<sup>141</sup>. Assim, o autor estaria impedido de influir na decisão judicial.

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que, na análise das mudanças operadas no sistema executório das sentenças, afirmaram ter sido o artigo 285-A do CPC/73 infeliz, pois, “a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos “repetitivos”, afasta irremediavelmente o princípio do contraditório”<sup>142</sup>.

Alexandre Câmara, por seu turno, defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo baseando-se no princípio da isonomia<sup>143</sup>.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) ingressou no STF com ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), autuada sob o n. 3.695, alegando a inconstitucionalidade do dispositivo. A ação encontra-se em andamento, sob a

---

<sup>139</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010, p. 581.

<sup>140</sup> Idem, 2007, p. 38.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>142</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25880,101048-Sobre+a+necessidade+de+intimacao+pessoal+do+reu+para+o+cumprimento+da>. Acessado em: 03/01/2015.

<sup>143</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, volume I. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 315.

relatoria do Ministro Teori Zavascki<sup>144</sup>.

De outra banda, uma parcela da doutrina defendeu a constitucionalidade, assim como o IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), que ingressou na ação na qualidade de *amicus curiae*. Fredie Didier Jr. afirma não haver ofensa ao contraditório, dada a desnecessidade de se ouvir o réu para que ele saia vitorioso, além disso, o contraditório ao autor estaria garantido com a possibilidade de recurso de apelação e posterior retratação do juiz<sup>145</sup>.

Na mesma linha segue Humberto Theodoro Jr., para quem “a improcedência somente favorece o réu, eliminando pela *res iudicata* qualquer possibilidade de extrair o promovente alguma vantagem do pedido declarado sumariamente improcedente”<sup>146</sup>.

Marinoni, em ácida crítica às teses da inconstitucionalidade, reputa inexistir ofensa ao direito de defesa, alegando que afirmar a inconstitucionalidade “tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que é sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, através de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais”<sup>147</sup>.

Para Eduardo Cambi, não haveria que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que o excesso de formalismo de se ter que efetuar a citação do réu, oportunizando-lhe que fale nos autos, para só então proferir o julgamento de um caso que o juiz já sabe que não prosperará vai de encontro à moderna concepção da ação, fundada na teoria dos direitos fundamentais, que tem por finalidade a adequada tutela dos direitos fundamentais<sup>148</sup>.

Na ADI, a discussão está centrada basicamente na inclusão feita pelo art. 285-A do CPC/73 de uma sentença vinculante que não seria autorizada constitucionalmente. Com isso, a norma violaria os princípios da igualdade, da

<sup>144</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.695*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2373898>. Acessado em: 03/01/2015.

<sup>145</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 458.

<sup>146</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 406.

<sup>147</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6093-aco-es-repetitivas-e-julgamento-liminar>. Acessado em: 03/01/2015.

<sup>148</sup> CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie imediato pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/66-artigos-abr-2008/5976-julgamento-prima-facie-imediato-pela-tecnica-do-artigo-285-a-do-cpc>. Acessado em: 03/01/2015.

segurança jurídica, do contraditório, do acesso à justiça e do devido processo legal, uma vez que o teor da “sentença emprestada” não seria, a rigor, conhecido das partes do novo processo, já que ela foi proferida em outra relação jurídica processual, sem efetiva publicidade e sem a possibilidade de que as partes, agora, pudessem influir na tomada de decisão.

Sendo basicamente este o teor da discussão empreendida na ADI 3.695, ao que parece, a ação perderá seu objeto, seja pela revogação do art. 285-A a partir da entrada em vigor do NCPC, seja pelo fato de que na nova lei não há a previsão de empréstimo de sentença anteriormente prolatada pelo mesmo juízo e, sim, julgamento *prima facie* baseado nas orientações emanadas dos tribunais de escala superior à primeira instância a partir de mecanismos que tenham assegurado a publicidade da decisão e a possibilidade de influência na sua construção.

Além disso, acredita-se que as críticas levantadas por parte da doutrina processualista à adoção de uma sentença vinculante tenham sido ouvidas pelo legislador, que houve por bem extirpar do ordenamento a possibilidade de o juiz reproduzir o conteúdo de uma decisão já proferida no juízo em um caso idêntico e estipulou como requisitos alternativos do julgamento *prima facie* algumas formas de vinculação às decisões já proferidas em instâncias superiores, seja por tribunais locais/regionais na análise de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou de casos envolvendo legislação local cujo conteúdo haja sido objeto de súmula, seja por tribunais superiores no julgamento de recursos repetitivos ou a decisões que já tenham sido objeto de súmulas pelo STF ou STJ.

Com isso, percebe-se mais uma vez a preocupação com o fortalecimento do direito jurisprudencial como um fator de racionalização na tomada das decisões, criando-se mecanismos de respeito às posições tomadas pelos órgãos jurisdicionais colegiados. É evidente a evolução legislativa, em certo aspecto, pois reduz a carga de discricionariedade do julgador de primeira instância, que poderia utilizar o mecanismo do julgamento *prima facie* como um bloqueio ao direito de acesso à justiça, identificando possíveis focos de massificação de demandas e tomando posições pela improcedência do pedido, a fim de que, no futuro, pudesse repetir o entendimento em casos iguais.

Da forma como alicerçado na nova legislação, o sistema de fortalecimento do direito jurisprudencial, ao menos em tese, busca evitar as atitudes defensivas do Judiciário e democratizar e ampliar as discussões nos casos que poderão massificar-se e a nova versão dada à improcedência liminar é exemplo claro disso, restando, por óbvio, a necessidade de se dar extrema importância ao controle das decisões judiciais que irão aplicá-lo, a fim de que se tolha toda e qualquer atitude discricionária do juiz, tema este que será aprofundado em capítulo específico.

### 1.3.8 Produção jurisdicional como fonte do direito

Fazendo uma breve análise histórica e comparativa, Sálvio de Figueiredo Teixeira encontra na Roma Antiga os primeiros traços da influência dos julgadores na construção do direito, em razão das obscuridades da Lei das XII Tábuas, “aliadas à precariedade dos conceitos e ao monopólio interpretativo dos pontífices, que se constituíram nos primeiros jurisconsultos romanos”. Além disso, ressalta a importância do direito pretoriano, responsável por consideráveis mudanças no direito romano, “na medida em que o pretor demonstrou que o respeito à lei não implicava em sua aplicação com rigor”<sup>149</sup>. Prosseguindo, afirma:

Em face da notória socialização do direito, cada vez mais preocupado em servir à sociedade, assim como da imperiosa ampliação dos poderes do juiz, aliadas à natureza da sentença judicial, quer-me parecer que não se pode negar a força criadora da jurisprudência.

No exercício da função jurisdicional, realizam os magistrados uma atividade predominantemente intelectual, quer na apreensão e reconstituição dos fatos, quer na adequação desses ao ordenamento jurídico, quer na interpretação da norma ou mesmo na formulação de uma regra integrativa, preenchendo lacuna da lei.<sup>150</sup>

Entretanto, a história do *civil law* nem sempre seguiu a linha da produção jurisdicional como fonte formal do direito. No período do Estado Pré-Moderno, em razão da existência de múltiplos ordenamentos, com forte influência romanística, “a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária”<sup>151</sup>. Já no

<sup>149</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 24, out/1981, p. 104.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>151</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio*

Estado que se seguiu historicamente, o denominado Estado de Direito Moderno, o que se tem é o fortalecimento do Legislativo, a partir do princípio da legalidade e do fenômeno da codificação. Inverte-se o entendimento, a fim de admitir-se que a validade da norma jurídica não reside na sua qualidade de justiça, como se tinha quando da predominância das ideias jusnaturalistas, mas, sim, no fato de “haver sido ‘posta’ por uma autoridade dotada de competência normativa”<sup>152</sup>, agora com base nas ideias juspositivistas. O advento do pós-positivismo trouxe novos rumos a esse entendimento, retomando-se a ideia de que as decisões judiciais são fontes do direito, já que a lei é incapaz de reger de modo completo o futuro ainda desconhecido de quem a produziu.

A evolução histórica do direito no Ocidente indica a existência de três fases básicas para a teoria das fontes. A primeira delas, vinculada às ideias jusnaturalistas, denominada por Hermes Zaneti Jr. como *modelo jurisprudencial*, caracterizado por um “emaranhado de fontes e jurisdições que caracterizava o pluralismo jurídico desse período, as normas vinham mais deduzidas da interna completude e coerência do direito do que produzidas”. A segunda fase é marcada pelo *modelo legislativo*, caracterizado pelo princípio da legalidade, do qual decorria a conclusão de que a validade da norma se dava não em razão de seu conteúdo, mas da sua forma de produção. Por fim, a terceira fase, a atual, é a do *modelo constitucional*, que “é caracterizado pela subordinação do direito à legislação constitucional através das técnicas da constituição rígida e através da jurisdição de controle de constitucionalidade”.<sup>153</sup>

A partir do quanto exposto até aqui, pode-se claramente identificar que a produção jurisdicional vem ganhando força e destaque no cenário jurídico do *civil law*. Superada a primitiva ideia de juiz *bouche de la loi* pregada por Montesquieu<sup>154</sup> na formulação da sua teoria da separação dos poderes, admite-se atualmente a possibilidade de que o direito não seja somente aquilo que estabeleceu o legislador, mas, sim, o resultado de uma união de esforços dele e do aplicador. Com isso, a produção jurisdicional passa a ser considerada uma das principais fontes do direito.

---

do direito constitucional no Brasil. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acessado em 01/02/2015.

<sup>152</sup> Ibidem.

<sup>153</sup> ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 99-102.

<sup>154</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

E isso é facilmente perceptível nas lições de Lênio Streck e o seu incansável combate à discricionariedade judicial:

(...) é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes.<sup>155</sup>

Ao formular a sua teoria tridimensional do direito, Miguel Reale elevou a jurisprudência ao patamar de uma das principais fontes do direito, defendendo, para tanto, a necessária existência de uma linha de coerência entre os julgados<sup>156</sup>, apesar de admitir a possibilidade de o juiz não seguir as orientações dos tribunais superiores<sup>157</sup>. Para ele, se a norma é descortinada a partir da sua interpretação, “isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*”<sup>158</sup>.

Na formulação da sua teoria do precedente judicial, Thomas Bustamante admite que os precedentes sejam fontes do direito, defendendo que há uma variação nos níveis de vinculatividade, a depender de fatores institucionais que influenciam a sua força, tais como o contexto institucional do Judiciário, a tradição jurídica em que está inserido o aplicador, a estrutura constitucional do ordenamento jurídico e fatores extrainstitucionais, a saber: as concepções jurídico-teóricas, os fatores normativo-estruturais (generalidade das normas jurisprudenciais, estrutura interna das normas adscritas, coerência da decisão com o precedente) e a correção substancial da decisão-paradigma<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Idem, 2012, p. 59.

<sup>156</sup> “É a razão pela qual o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168).

<sup>157</sup> “O juiz é autônomo na interpretação e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças, o que os tribunais inferiores ou superiores hajam consagrado como sendo de direito” (Ibidem, p. 174).

<sup>158</sup> Ibidem, p. 169.

<sup>159</sup> BUSTAMANTE, op. cit., p. 284-370.

Esta fase atual, marcada pela supremacia da Constituição, já não admite mais que se pense a lei como fonte primária em detrimento da produção jurisdicional. Assim também não se encaixa nos dias de hoje a ideia de que a jurisprudência (*lato sensu*) seja fonte superior à lei (de se ver o movimento legislativo que vem ganhando força nos países de *common law*). Há que se pensar, então, em uma convivência dessas duas fontes básicas do direito, complementares que são, pois, se a norma não é o seu texto<sup>160</sup> e, sim, desvelada a partir da interpretação dada a ele, é evidente que a produção jurisdicional é complemento necessário da e para a produção legislativa, que, por sua vez, não logra êxito em abarcar nos seus textos todas as peculiaridades dos fatos presentes e futuros que regula e regulará.

#### **1.4 O sistema de precedentes à luz da igualdade e da segurança jurídica**

As reformas legislativas empreendidas no Brasil e que foram acima abordadas, em grande parte, tiveram como mote principal buscar racionalizar o trabalho desenvolvido pelo Poder Judiciário, de maneira que ao jurisdicionado fosse oportunizada a entrega da tutela jurisdicional em tempo adequado.

Nem todas as iniciativas resultaram em sucesso, seja pelas carências de estrutura do Judiciário, seja pela sua má administração, pela ausência de redação legal adequada e até mesmo boa vontade dos aplicadores da lei.

De todo modo, a construção de um sistema de respeito à produção jurisdicional, apesar de encontrar eco em tentativas pouco defensáveis de limitar o acesso à justiça, visou, em certa medida, promover a igualdade, a segurança jurídica e atingir a efetividade do direito.

---

<sup>160</sup> “Se em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo. (...) Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua” (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª ed. rev. e atual. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2011, p. 187).

Firmadas essas premissas, é necessário destacar que deste ponto em diante, no tópico, já não mais se estará a tratar de um sistema de produção jurisdicional, no qual se incluem os conceitos de jurisprudência e de decisão judicial. O que se vai analisar a partir daqui é um possível sistema de precedentes e os seus reflexos na concretização da igualdade, na preservação (ou construção) da segurança jurídica e na promoção da efetividade do direito.

Celso Antonio Bandeira de Mello, na sua clássica e precisa obra a respeito do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, assevera que “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais”. O que se deve absorver a partir disso é que, nas palavras do referido professor, “a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe”<sup>161</sup>.

Mais adiante, na quinta e última das suas conclusões, alerta que haverá ofensa ao primado da isonomia sempre que, no momento da interpretação, da norma forem extraídas “distinções, discrimens, equiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita”<sup>162</sup>.

Bandeira de Mello, com isso, admite a figura do intérprete como de suma importância na preservação do princípio da igualdade e é categórico ao indicar que devem ser encontrados, no bojo da norma, os critérios implícitos ou explícitos que autorizem a criação de distinções ou de equiparações.

O processo decisório não pode ser um processo de escolha<sup>163</sup>. A formação da decisão impõe interpretação e os meios interpretativos devem ser postos à mesa, demonstrados, a fim de que o jurisdicionado tome conhecimento dos passos dados pelo juiz no momento da atribuição de sentido àquela norma aplicada ao caso concreto.

Aí reside o dever de motivação, fator de extrema necessidade para promoção da democracia, como quer Calmon de Passos<sup>164</sup>.

E esse processo interpretativo que deve ser aclarado pelo julgador não pode ser exclusivo, vale dizer, não se poderia criar meios pessoais de interpretação,

---

<sup>161</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 22ª tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 45.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>163</sup> STRECK, op. cit.

<sup>164</sup> PASSOS, op. cit., p. 225.

sob pena de se premiar o julgamento conforme a consciência, tão combatido por Streck.

Dito isso, impende destacar que o julgamento, sendo decorrência de uma atividade interpretativa que não deve ser pessoal, pode guardar em si a característica da unidade.

Essa unidade no julgamento seria, então, uma das formas de aplicação do princípio da igualdade na atividade jurisdicional, afinal de contas, se a Constituição atribui ao cidadão esse direito como fundamental e ele é também uma forma de garantir os demais direitos fundamentais individuais, não poderia o Judiciário estar livre de respeitá-lo.

Note-se que a dimensão que se quer dar à isonomia neste trabalho não implica na discussão sobre o tratamento paritário entre as partes do mesmo processo (com o que já se ocupa exhaustivamente a maior parte da doutrina processualista) e, sim, sobre o tratamento isonômico entre todos os jurisdicionados, de modo que não se possa mais admitir que, em casos idênticos, haja decisões conflitantes<sup>165</sup>.

Em sua análise, Marinoni parte do pressuposto de que a decisão jurisdicional é fruto do sistema judicial e não pode ser entendida como uma “mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado (...)”. Assim, não estaria assentado na racionalidade um sistema jurídico que permitisse que o juiz pudesse dar à lei interpretação diversa daquela dada pelo tribunal competente para firmar a uniformidade da interpretação ou possibilitar que um mesmo juiz decidisse diferentemente do seu próprio histórico decisório.<sup>166</sup>

Marinoni admite o subjetivismo do juiz como um dado decorrente do espaço que ele encontra para “atuar na definição do significado normativo”<sup>167</sup>. E funda nessa característica a necessidade de se construir um sistema de precedentes

---

<sup>165</sup> Nesse sentido: “A vinculação do juiz ao direito à igualdade renova a importância da exigência constitucional de fundamentação das suas decisões (art. 93, IX). O locus da sentença judicial onde devem ser explicitadas as razões para julgar situações semelhantes de modo igual ou diferente é a motivação. Nela, o juiz deve esforçar-se para apresentar como *ratio decidendi* o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedente para os casos futuros.” (MAUÉS, Antonio Moreira e outro. *Súmula Vinculante e direito à igualdade*. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 6, ano 2006, p. 224).

<sup>166</sup> MARINONI, op. cit., p. 142-143.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 148.

obrigatórios, de maneira a conferir igualdade no momento da prolação da decisão judicial.

Nesse ponto, é importante destacar a divergência de Lênio Streck, que faz contundente crítica a essa parcela da doutrina que entende haver subjetividade em maior ou menor grau. Para ele, os princípios têm como objetivo impedir que existam respostas múltiplas ao mesmo problema, no que diverge de quem entende que os princípios abrem campo para interpretação.<sup>168</sup>

Segundo Streck, a ideia de que as cláusulas gerais, apontadas por Marinoni como uma forma de aumento do poder do juiz, que levaria à necessidade de respeito aos precedentes, sejam possíveis em um ordenamento jurídico regido por princípios – que ganharam normatividade – é inadmissível, pois elas dariam vazão a uma atividade solipsista do intérprete. Assim, segundo ele, a resposta deveria ser encontrada nos princípios.<sup>169</sup>

O que se vê aqui, apesar das diferenças de pensamento a respeito da admissibilidade de cláusulas abertas, é que ambos os doutrinadores buscam encontrar meios de refrear o intento discricionário do julgador, um através do entendimento de que os precedentes devem vincular e outro defendendo a ideia de que os princípios jurídicos servem para fechar a questão e não para abrir a interpretação.

E aqui convém que se diga, com Lênio Streck e Georges Abboud<sup>170</sup>, que enunciados, súmulas e congêneres, de modo algum podem ser considerados “precedentes”, já que nada mais são do que textos generalizantes que, assim como o texto legal, exigem interpretação, ou seja, em vez de contribuírem para o fim do debate no caso concreto, representam a abertura de novos caminhos<sup>171</sup>.

<sup>168</sup> STRECK, op. cit., p. 221.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 221-222.

<sup>170</sup> “Numa palavra: não é a introdução das Súmulas Vinculantes que representa o maior problema no direito brasileiro. O problema é o modo como a comunidade jurídica compreende as Súmulas Vinculantes, pensando-as como se fossem precedentes do *common law*. Isso implica dois equívocos: o primeiro é que não há qualquer relação, pois as Súmulas Vinculantes são textos e como tal são interpretáveis; segundo, se, de fato, pudéssemos pensar que as Súmulas Vinculantes são precedentes, então teríamos que aplicá-las ao modo como se faz no *common law*. Ora, não são necessárias maiores reflexões para afirmar que o Brasil caminha, de há muito, para a direção contrária do *common law*. Logo, por que ainda tem gente que pensa que as Súmulas Vinculantes têm pareidência com os precedentes do *common law*? Eis o enigma.” (STRECK; ABOUD, op. cit., p. 120.).

<sup>171</sup> Nessa linha, convém destacar o posicionamento de Bustamante e Derzi: “Essas considerações constituem, em nossa opinião, uma importante advertência quanto às reformas processuais por que passa o processo civil brasileiro e quanto ao pego cada vez mais frequente ao instituto da súmula

Um sistema sério de precedentes, que seja, de fato, baseado na experiência do *common law* não caminha no sentido de “enuncializar” a jurisprudência. Isso mais parece um retorno ao *civil law* do que um caminho para o *common law*, pois indica um apego demasiado a textos que se pretendem abarcadores de todos os sentidos e de todas as situações fáticas futuras. O precedente é desvelado a partir da sua *ratio decidendi*, que nada mais é do que um “entendimento que se constrói hermeneuticamente a partir da aplicação reiterada pelos tribunais inferiores”<sup>172</sup>.

Voltando à questão da igualdade, Marinoni ressalta que a vinculação do juiz de primeira instância ao entendimento remansoso do tribunal a que está vinculado seria uma forma de conferir lógica ao sistema, atribuindo, inclusive, ao juiz da primeira instância um poder do qual ele não goza no sistema que se tem<sup>173</sup>. Vale dizer, atualmente, para os mais críticos do sistema recursal, a decisão proferida em primeira instância tem sido considerada irrelevante, dada a possibilidade de se alcançar, nas instâncias superiores, decisão diversa. Assim, o juiz de primeiro grau, na verdade, sequer decidiria. Apenas construiria um projeto de decisão, estando a sua atuação bastante desprestigiada.

Isso se dá não porque o sistema recursal seja um mal em si, mas, sim, porque as partes têm sinceras esperanças de obterem decisão diversa, seja porque os tribunais não possuem jurisprudência estável, seja porque os magistrados de primeira instância imaginam-se detentores do poder de divergir das orientações jurisdicionais superiores sem necessidade de construção de uma fundamentação adequada.

---

jurisprudência; pois, como já tivemos a oportunidade de sustentar, ‘a própria existência de súmulas pode constituir um risco para a independência das instâncias ordinárias do Poder Judiciário’, na medida em que o desenho institucional adotado parece exacerbar o princípio da praticidade, ‘estendendo-o não apenas à esfera da Administração e da Legislação, mas também à Administração da Justiça’.” (BUSTAMENTE, Thomas da Rosa; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. FREIRE, Alexandre e outros (Orgs.) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do NCPD*. Salvador: JusPodivm, 2013, p.337.).

<sup>172</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis VS Direito jurisprudencial. FREIRE, Alexandre e outros. (Orgs.) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do NCPD*. Salvador: JusPodivm, 2013, p.491.

<sup>173</sup> Nesse sentido: “Na direção *vertical*, quanto mais elevado é o Tribunal do qual emana o precedente, maior autoridade possui a decisão. Devem os juízes sucessivos, das instâncias inferiores, observarem tal precedente, desde que tragam critérios racionais de justiça para o caso concreto”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.).

É a loteria recursal na bolsa de apostas judicial brasileira, um dos grandes empecilhos para a concretização da segurança jurídica e para que se alcance a efetividade que se busca do processo, pois para o jurisdicionado condenado vale a pena arriscar-se nos tribunais superiores na busca pelo retardo no cumprimento da obrigação eventualmente a ele imposta.

Nessa discussão, inclusive, vale a análise sobre o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni, que já teceu severas críticas ao duplo grau de jurisdição, atribuindo a ele a culpa pelo desprestígio da sentença<sup>174</sup>.

Já na sua recente obra “Precedentes Obrigatórios”, ao que parece, Marinoni evolui no entendimento, de modo a considerar a necessidade de que haja previsibilidade para os litigantes sobre o julgamento que será feito pelo Poder Judiciário. Assim, conforme ele, um sistema corretamente estruturado de respeito aos precedentes levará a que a parte sucumbente conforme-se com a decisão proferida em primeira instância e isso acontecerá se ela perceber que há conformidade entre esta e a posição dos tribunais.<sup>175</sup>

Isso nada mais significa que um sistema recursal, decorrente de uma norma principiológica de duplo grau de jurisdição, é pressuposto necessário, seja para firmar o precedente obrigatório, como quer Marinoni, seja para corrigir equívocos decorrentes do não atendimento às orientações jurisdicionais superiores nas sentenças de primeira instância, ao que seria, então, conferida legitimidade e prestígio não pela impossibilidade de interposição de recurso, mas, sim, pela previsibilidade da decisão das instâncias superiores, confirmando-a, se for o caso.

Marinoni defende que haja coerência entre as decisões jurisdicionais, a fim de que se confira a tão almejada isonomia entre os jurisdicionados. Para ele, há uma profunda diferença entre a coerência entre as decisões judiciais e a coerência do ordenamento jurídico. Afirma que “cada dispositivo legal é e apenas pode ser uma única norma legal, sempre devendo ser compatível com o restante do ordenamento jurídico, de modo que ele seja coerente”. E quando trata da coerência das decisões jurisdicionais admite que elas não se excluem ou se invalidam entre

---

<sup>174</sup> “O leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal”. (Idem, 2002, p. 215.).

<sup>175</sup> MARINONI, op. cit., p. 165.

si, assim, “como várias decisões podem afirmar o significado de um só texto legal, o direito produzido pelo Judiciário constitui um problema de coerência e não de compatibilidade”.<sup>176</sup>

Nessa linha, importa destacar o posicionamento de Daniel Mitidiero na defesa do conceito de “cortes supremas” como construtoras de precedentes vinculantes, a saber:

A compreensão da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa, portanto, retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a *igualdade* a partir daí deve ser pensada também diante do *produto da interpretação* e a *segurança jurídica*, diante de um quadro que englobe tanto a *atividade interpretativa* como o seu *resultado*. Dessa forma, o *precedente*, sendo o *fruto da reconstrução do sentido da lei*, passa a ser o *derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito no modelo de Corte Suprema*. Justamente por essa razão, o modelo de Corte Suprema pressupõe *unidade na interpretação judicial da legislação* e um *forte sentimento de unidade institucional* no Poder Judiciário.<sup>177</sup>

Prossegue o professor gaúcho na afirmação de que a igualdade entre os jurisdicionados restaria garantida se o magistrado compreendesse ser uma parte do todo, de quem não cabe destoar, a fim de que promova uma atuação orquestrada, a partir da “consciência da unidade institucional do Poder Judiciário, cuja liderança toca à Corte Suprema”.<sup>178</sup>

Dierle Nunes, muito embora levante importantes ressalvas com relação ao sistema de precedentes brasileiro (que afirma estar bastante distante do existente no *common law*), admite com MacCormick e Thomas da Rosa de Bustamante que a uniformidade de entendimento, ao par de conferir celeridade e eficiência ao sistema judicial, “geralmente, implementa o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que, ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes da parte do Judiciário”<sup>179</sup>.

Michele Taruffo também admite os precedentes como fatores de racionalidade e de promoção da igualdade dentro do caos representado pela

<sup>176</sup> Ibidem, p. 168-169.

<sup>177</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 75-76.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>179</sup> NUNES, Dierle, e outros. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, ano 2013, p. 180-181.

jurisprudência<sup>180</sup>.

A igualdade é defendida aqui como fonte de justiça, numa perspectiva aristotélica. Leonardo Greco já indicava que o comando constitucional de igualdade é voltado ao legislador, mas inclui, além disso, “a igualdade na lei, ou seja, na sua aplicação, por parte dos administradores e do próprio Judiciário”<sup>181</sup>.

Desse modo, a promoção da igualdade passa, sem dúvida, pela adequada prestação jurisdicional, com a coibição de decisões que, para casos idênticos, oportunizem tratamentos diversos aos jurisdicionados, gerando insegurança jurídica extrema.

Tal insegurança decorre, na quadra atual, principalmente da ausência de critérios interpretativos, da discricionariedade judicial e da impossibilidade de que os textos legais abarquem tudo o quanto seja necessário para a regulação da sociedade.

Em um tempo em que os textos normativos lançam mão de conceitos abertos parece ser impossível que haja um efetivo controle das decisões judiciais e a partir disso se possa desenvolver um sistema decisório íntegro e coerente, desapegado de voluntarismos, que possa, de fato, promover a sensação de segurança jurídica.

Entretanto, um sistema de precedentes corretamente estruturado e que seja aplicado de forma adequada é capaz de afastar a insegurança jurídica e transmitir ao jurisdicionado a sensação de certeza sobre como deve comportar-se e o que pode esperar do Judiciário quando a ele levar suas questões. Nessa linha:

A necessidade de previsibilidade, que se desdobra em confiança legítima por parte do cidadão em relação aos órgãos de administração da justiça e segurança jurídica, consistente no maior grau de certeza possível sobre o que é o direito, permitindo aos cidadãos exercerem suas liberdades mediante trâfegos econômicos e sociais tutelados pelo direito, obriga que tradições jurídicas fundadas na legalidade disciplinem claramente na lei qual a força normativa dos precedentes, dando conteúdo *de jure*, formal, à vinculatividade das decisões dos tribunais.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> TARUFFO, op. cit., p. 147.

<sup>181</sup> GRECO, Leonardo. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006, p. 296.

<sup>182</sup> ZANETI JR., op. cit., p. 358-359.

É em Dworkin que a doutrina nacional busca as bases teóricas para defender a necessidade de se pensar um sistema de precedentes do qual decorra o direito como integridade, que “gera, destarte, a consistência necessária para um modelo de princípios”<sup>183</sup>. E essa parece ser a melhor saída para a crise vivida pelo

---

<sup>183</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

Judiciário na atualidade, que não logra êxito em prestar adequadamente a tutela jurisdicional e envia mensagens confusas aos cidadãos, que não conseguem antever a posição dos tribunais a respeito das questões jurídicas que permeiam a vida social.

## 2 A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Antes que se adentre na análise doutrinária a respeito do tema objeto deste capítulo, dada a importância da inovação e a virada paradigmática que ela significará no direito brasileiro, convém que se analise de forma breve as disposições do NCPC que regulam a construção da decisão judicial.

Das três faces do poder estatal, o Judiciário é o único que não se submete à escolha popular. Dada a sua característica de não poder prescindir de técnicos conhecedores do ordenamento jurídico e de modo a preservar a sua independência para julgar com imparcialidade, desapegado dos clamores populares e, em certos momentos, contramajoritariamente, o Judiciário tem seus quadros selecionados em concursos públicos que, ao menos em tese, são capazes de filtrar os vocacionados e capacitados para a função jurisdicional.

Diante desse cenário, foi necessário encontrar um freio democratizador ao Judiciário, que se consubstanciou na exigência de publicidade dos processos e de motivação das suas decisões, de modo que os seus agentes atuassem com transparência na aplicação do ordenamento jurídico e explicitassem as razões a partir das quais o convencimento foi formado. E aí se manifestam as duas funções da motivação das decisões: a interna, que tem por objetivo expor às partes a construção da conclusão decisória, de modo a possibilitar o convencimento delas ou, então, o recurso cabível; e a externa, cujo escopo é conceder à sociedade conhecer como decide o Judiciário e, com isso, poder controlá-lo democraticamente.

A doutrina debruça-se sobre o tema, a fim de encontrar o caminho da decisão correta, a forma de construção adequada da resposta jurisdicional, para que se possa qualificá-la como efetivamente democrática e se afastem definitivamente os casos de simulacros decisórios, baseados em impressões íntimas, em frases feitas, em pré-conceitos, em ementas de julgados, cada um deles chamado erroneamente de jurisprudência.

E os estudos têm rendido uma construção considerável, que foi, em parte, abarcada pelo Novo Código de Processo Civil, que já no estabelecimento das suas

normas fundamentais, do Livro I, na Parte Geral, impôs o artigo 10, segundo o qual, “Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

Trata-se de proposta que assumiu os novos e mais modernos contornos do princípio do contraditório, um dos pilares da democracia vista sob o viés do Judiciário. O contraditório passará a ter papel crucial no novo regramento processual. Diz-se isso porque a sua previsão dentro do capítulo das normas fundamentais da Parte Geral é fato indicativo de que o legislador a ele conferiu posição de garante democrático, em perfeita consonância com a ordem constitucional em vigor.

A imposição da construção de um diálogo processual efetivo vem com uma ordem expressa ao juiz, para que não sonegue das partes o direito de influir no seu convencimento, ainda que já esteja convencido e ainda que a matéria independa de requerimento do sujeito processual, por ser de ordem pública.

Isso implicará na impossibilidade de prolação de decisões-surpresa, aquelas que definem determinados temas sobre os quais as partes não tiveram a possibilidade de manifestar-se.

Ao fixar os elementos essenciais da sentença, o artigo 489 do NCPC, em seu §1º, vai além e fixa parâmetros negativos para todo tipo de decisão judicial, aí considerando-se não somente sentenças, mas também decisões interlocutórias e acórdãos, para estabelecer a nulidade das decisões nas hipóteses que serão a partir de agora examinadas.

Antes de tudo, convém que se diga sobre a gravidade da nulidade que se estabelece a partir desse dispositivo legal. O texto legal não fala em “devidamente” ou “corretamente” fundamentada. Ele não estabelece gradação, mas prevê, isto sim, de modo absoluto que não será considerada fundamentada, ou seja, não será sequer dita “medianamente” fundamentada.

Caso a decisão limite-se a reproduzir literalmente ou parafrasear ato normativo, sem fazer o devido cotejo com os fatos ou com a questão decidida, não será considerada fundamentada, conforme prevê o inciso I.

Note-se que o dispositivo menciona o vocábulo “ato normativo”, não se

restringindo a coibir a reprodução literal do texto legal como fundamento suficiente para a decisão, mas querendo abarcar toda espécie de norma, inclusive súmulas, ou mesmo aquelas produzidas a partir da atividade administrativa.

Essa iniciativa legal vem ao encontro da preocupação com a utilização descabida de subterfúgios para facilitação das decisões judiciais, comumente manifestados a partir da utilização de textos legais que o juiz entende serem autoexplicativos (a velha ideia de que *in claris cessat interpretatio*, como se isso não fosse uma forma de “mal” interpretar) ou de textos de súmulas dos tribunais superiores para a solução dos casos levados à discussão em juízo, como se duas ou três frases fossem suficientes para encerrar todo o contexto fático-probatório-jurídico de um caso *sub judice*.

Além disso, no inciso V do mesmo dispositivo legal, o Código reforça a preocupação com esse problema, ao considerar não fundamentada a decisão judicial que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Com a implantação de um sistema de precedentes, é fundamental que o legislador preocupe-se com o destino que o aplicador do direito dará a isso. De modo a evitar que se desvirtue a sistemática de aplicação do precedente, a lei cuida de impor ao julgador o ato de identificar a *ratio decidendi* e, caso a utilize, que o faça de forma fundamentada, indicando o porquê e conectando-a ao caso que está julgando.

Importante destacar que o conteúdo dos incisos I e V são complementares, pois, enquanto o primeiro trata de atos normativos em geral (no que se pode incluir o conceito de súmula, caso se considere a jurisprudência uma fonte de direito), o segundo esmiúça a determinação legal para impor ao julgador que busque os precedentes que formaram o enunciado da súmula, conheça os seus fundamentos determinantes (fáticos e jurídicos) e, aí então, construa a sua decisão.

Parte-se do pressuposto que o conceito de súmula não se confunde com o de precedente. Assim, ela não é um instrumento que se basta em si para fundamentar a decisão judicial, mas impõe a obrigação do juiz de análise detalhada dos precedentes que a geraram, realizando a efetiva distinção. E, ao que parece, essa é a intenção do NCPC.

No inciso II, o Código enfrenta a questão da utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, para dizer que se não houver explicação do “motivo concreto da sua incidência no caso”, não será a decisão considerada fundamentada.

Da mesma maneira, o inciso III trava uma batalha contra a indeterminação, ao proibir o julgador de “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Parece que o Código diz o óbvio e algum desavisado poderia questionar se tão só o fato de a Constituição Federal impor a necessidade de fundamentação das decisões judiciais não seria suficiente para se concluir pela necessidade de que os conceitos indeterminados fossem devidamente explicados quando utilizados nas decisões e que o julgador não estaria autorizado a motivar-se com base em argumentos que poderiam ser utilizados como fundamentos de quaisquer outras decisões, inclusive contrárias.

O fato é que o óbvio ululante precisa ser dito. A prática forense comprovou isso. Diz-se que o Judiciário brasileiro convive atualmente com mais de 95 milhões de ações judiciais em trâmite, com taxa anual média de crescimento de 3,4%<sup>184</sup>. A ampliação do número de demandas não importou na ampliação do Poder Judiciário em mesma medida, do que decorreu um excesso de trabalho sobre cada um dos magistrados que compõem as mais diversas facetas e instâncias desse poder estatal. O excesso de trabalho implicou negativamente na qualidade das decisões proferidas e é comum que se vejam decisões sendo prolatadas com base em conceitos jurídicos indeterminados e não explicados e em motivos que poderiam, inclusive, servir de fundamento para decisões em sentido contrário.

É a fábrica da decisão *prêt-à-porter*, o novo “pretinho básico”, já nem tão novo assim, esgarçado que está com o intenso uso, seja por sílfides, seja por avultadas bem alimentadas. Os argumentos que cabem em tudo, se “tão só” com o comando constitucional não seriam objeto de adaptações, agora, com o advento da nova norma infraconstitucional e de natureza específica, deverão ser “costurados”,

---

<sup>184</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números: 2014*, ano-base 2013. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf). Acessado em: 06/01/2015, p. 34.

a fim de que se amoldem aos corpos diversos de cada um dos casos postos para julgamento. Não poderá mais haver um modelo que caiba em tudo. Para cada novo corpo, uma nova peça. Para cada nova ação, uma nova decisão, sob medida, devidamente “costurada”. A era alfaiataria de alta costura se avizinha.

É decretada a morte da farra principiológica. Normas de caráter genérico, destinadas a iluminar o caminho do aplicador do direito e a indicar os rumos a serem seguidos foram confundidas com portais de abertura para a discricionariedade, como se toda a vontade do julgador pudesse caber em um princípio e este pudesse ser o escudo utilizado para a defesa de tudo o que frequentava a consciência daquele.

A exigência de especificação e de demonstração objetiva da aplicabilidade de conceitos e normas gerais tem por finalidade fazer corar a face de quem carrega a bandeira do voluntarismo judicial, pois impõe o dever de que sejam declaradas as motivações do ato. E se não o forem, a decisão será nula.

Na esteira da atenção dispensada ao princípio do contraditório, o inciso IV impõe a pecha de nula para a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Apesar de ainda conferir certa discricionariedade ao juiz, dando-lhe o poder de escolher os argumentos que considere capazes de infirmar a sua conclusão, a nova lei significa um avanço no combate ao entendimento de que o juiz não é obrigado a manifestar-se sobre todos os argumentos trazidos pelas partes.

Se o contraditório deve significar a informação às partes sobre tudo o quanto ocorra no processo, podendo elas formular seus argumentos para convencer o julgador das suas certezas, o mais óbvio (ainda que muito mais trabalhoso) seria que este tivesse a incumbência de enfrentar, um a um, todos os argumentos dos sujeitos processuais, ainda que esdrúxulos, impertinentes, falaciosos. Ora, é bom que se os declare assim, se for o caso, até mesmo para que a decisão judicial cumpra a sua função pedagógica.

Apesar disso, há certo avanço nesse dispositivo. Ao menos, imagina-se que o julgador deverá, ao indicar quais seriam os fundamentos capazes de, em tese, infirmar sua conclusão, ainda que minimamente, dizer a razão de os demais não

terem essa capacidade.

Desse modo, estabelecendo os argumentos relevantes, caberá ao julgador analisá-los, travando o diálogo com as partes, respondendo-as e, a depender dos ânimos individuais, até mesmo convencê-las.

Por fim, o inciso VI indica que não será considerada fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

O NCPC levantou a bandeira da segurança jurídica e da racionalização das decisões judiciais, implantou um sistema de precedentes e o fez de maneira que fosse visível a diferença entre os institutos da súmula, da jurisprudência e do precedente. É óbvio – e até mesmo salutar – que o projeto deseja a consolidação do chamado direito jurisprudencial.

Busca-se uma valorização da decisão judicial e ela passa, invariavelmente, pela autovalorização, que, por seu turno, depende da integridade no sistema decisório. Desse modo, se o juiz entender pela inaplicabilidade do enunciado de súmula, da jurisprudência consolidada ou do precedente ao caso que está julgando, poderá superá-los, lançando mão da técnica da distinção, própria do sistema de precedentes do *common law*.

A técnica consiste na análise detalhada das decisões judiciais que geraram a súmula, da própria súmula, da jurisprudência ou do precedente, sempre na ideia de identificação clara do contexto fático dos casos e dos fundamentos jurídicos que foram essenciais para a solução no passado.

Isso implicará em uma pesquisa detalhada e em um exercício argumentativo complexo, pois, assim como não estará mais o juiz autorizado a invocar, por exemplo, o enunciado de súmula para justificar a sua decisão, sem qualquer especificação, também não haverá autorização para que simplesmente diga que não se aplica aquela norma ao caso concreto sem que faça a correta distinção no plano fático e no plano jurídico e justifique a sua tomada de posição.

Por sua vez, o §2º, do artigo 489, dispõe sobre a forma de fundamentar no caso de colisão entre normas, impondo que “... o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a

interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Eis aí mais um golpe na discricionariedade, que de há muito esconde-se atrás da ponderação. É como se o julgador fosse detentor de uma balança em que pudesse medir o peso e a importância de normas que eventualmente estivessem em rota de colisão no caso posto para julgamento. Como que num passe de mágica, o julgador declara que, após a ponderação de valores, entende que esta ou aquela norma deve prevalecer, mas não indica quais os caminhos que percorreu para concluir dessa maneira.

O NCPC, sensível a isso, prevê então a obrigatoriedade de o juiz enunciar as premissas fáticas que o levaram a crer na prevalência de uma norma sobre a outra. Demais disso, deve descortinar os critérios usados na ponderação, sendo obrigado a indicar quais pesos atribuiu a cada uma das normas e as razões de ter entendido dessa maneira. Como se vê, a ponderação não poderá mais ser o “pó-de-pirlimpimpim” a resolver *hard-cases*.

O NCPC prevê, no §4º, do artigo 927, “a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, sempre que o Judiciário modificar entendimento sedimentado.

A racionalização das decisões judiciais perseguida pelo NCPC passa naturalmente pelo respeito ao direito jurisprudencial e indica que, antes de exigir o respeito do jurisdicionado, deve o próprio Judiciário atentar para a sua produção decisória, não em caráter defensivo, mas pelo viés construtivo, de maneira que as decisões dos casos futuros sejam harmônicas dentro do sistema e não destoem indevidamente.

Pelo que se pode sentir da proposta legislativa, o Novo Código de Processo Civil implicará em grandes avanços na qualidade da prestação jurisdicional, mas isso tornará a função decisória muito mais complexa, exigindo uma nova tomada de posição dos operadores do direito e das escolas jurídicas, de modo que se persiga uma formação que habilite efetivamente para esse novo sistema decisório.

E aqui o alerta não se dirige unicamente aos julgadores e futuros julgadores. Há que se pensar em uma nova tomada de posição de todos aqueles

que desempenharão funções parciais no processo (Advocacia e Ministério Público), pois estes serão responsáveis por travar o diálogo inicial que influenciará fundamentalmente a decisão, que, na realidade, não pode ser uma obra apenas do julgador e, sim, uma construção conjunta, onde se possa perceber as influências de todos aqueles que participaram da relação jurídica processual.

Então, feitas essas considerações a respeito do novo – e moderno – regramento sobre a construção da decisão judicial, é necessário que se investigue, sob o ponto de vista doutrinário, os princípios norteadores da decisão judicial, assim também a problemática inaugurada pelo pós-positivismo e as questões relativas ao substancialismo e ao procedimentalismo, para que, ao final deste capítulo, possa-se verificar se há, de fato, possibilidade de uma resposta correta no direito.

## **2.1 Princípios norteadores**

A fim de que se possa entender como se estabelece o sistema de construção da decisão judicial, é conveniente que se inicie abordando os princípios que a norteiam, de sorte que se possa compreender os seus pontos de partida normativos.

É evidente que por ser a decisão judicial o resultado do diálogo processual que os jurisdicionados travam com um dos poderes da República, estará ela submetida àqueles princípios que informam a atividade jurisdicional, assim também a todos os princípios do processo. Entretanto, para não expandir demasiadamente o debate, o que se pretende analisar de forma mais aprofundada aqui são os princípios que têm influência direta na técnica da construção judicial, sem prejuízo de eventual análise por vias oblíquas de outros princípios que possam influenciar o ato de decidir considerado em si mesmo.

### **2.1.1 Motivação**

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 93, IX, que:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a

preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A exigência da motivação das decisões judiciais é um dos garantes da democracia. Como já afirmado em tópico anterior, dos três poderes que constituem a estrutura do Estado, o Judiciário é o único que não sofre o controle democrático a partir da eleição dos seus membros. Em vista disso, a fim de evitar que essa diferença fosse uma característica antidemocrática, exige-se que as decisões sejam devidamente fundamentadas, conferindo-se às partes do processo a prerrogativa de controle interno, por meio de recursos, e aos cidadãos em geral o controle externo.

O tratamento constitucional dado à exigência de motivação nas decisões judiciais destoou da técnica de redação utilizada no restante da Carta Magna<sup>185</sup>, tendo o constituinte optado por dar relevo a esse ponto, impondo a pena de nulidade para as decisões que não atendessem a esse comando constitucional<sup>186</sup>. Isso indica o quão importante é a exigência de motivação no ordenamento jurídico brasileiro.

Na lição de Barbosa Moreira, o Estado de Direito é caracterizado como “Estado que se justifica”, que demonstra as razões pelas quais promoverá a intromissão na vida dos cidadãos, que “é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento; é formalmente justificada, quando *se expõe, se declara, se demonstra* o fundamento”<sup>187</sup>.

Se há, no Estado de Direito, a exigência constitucional, com aplicação de sanção para o seu desatendimento, de que as decisões judiciais sejam motivadas, há que se ressaltar que a argumentação utilizada pelo magistrado “deve ser efetiva, e não aparente”, cabendo a ele estabelecer o liame entre o quanto decidido e os fundamentos que o levaram a isso. Assim, “não basta citar doutrina ou jurisprudência que nada tem de comum com o caso. Também não é suficiente para fundamentar uma decisão, a referência abstrata e geral, sem pertinência com a

---

<sup>185</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 454.

<sup>186</sup> SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

<sup>187</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980, p. 89.

questão”<sup>188</sup>.

Rui Portanova, influenciado pela teoria tridimensional de Miguel Reale e escorado nas lições de Pellegrini Grinover, Barbosa Moreira e Dinamarco afirma ser necessária a exposição da motivação valorativa no momento da construção judicial. Para ele, “sendo o direito constituído, pelo menos, de fato, valor e norma, tem-se que é necessário virem à lume também considerações axiológicas”<sup>189</sup>.

O entendimento dos tribunais superiores (STF<sup>190</sup> e STJ<sup>191</sup>) é de que o magistrado, ao construir a sua decisão, não está obrigado a responder a todos os argumentos trazidos pelas partes ao processo. No campo doutrinário, Dinamarco defende a necessidade do “exame exaustivo de todos os pontos e questões dos quais dependam as conclusões do juiz”<sup>192</sup>, ou seja, abre caminho para que o juiz escolha os argumentos que quer responder, aqueles que formam a sua convicção. Samuel Meira Brasil Jr. afirma:

Esse entendimento parece-nos correto, pois o julgador não se encontra vinculado aos argumentos das partes. O juiz não precisa responder a toda argumentação da parte, porque nem todo argumento justifica a decisão ou impede a justificação. Não é necessário responder, por exemplo, a um argumento fundado na crença religiosa, como a invocação de uma passagem da bíblia para justificar a conduta de um dos sujeitos processuais. O sistema jurídico é diverso do sistema religioso. São sistemas distintos. Na linha de raciocínio, se um magistrado não responder a um argumento que não seja pertinente à lide, sua decisão não se encontra viciada. Mas o juiz não estará vinculado, se e somente se os argumentos não guardarem relação de pertinência com a justificação da decisão. Se a crença religiosa for invocada como imperativo de consciência, e for usada como razão para se eximir de atividades essencialmente

<sup>188</sup> BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54.

<sup>189</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 160-161.

<sup>190</sup> Por todos: “O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que não há afronta ao art. 93, inc. IX e X, da Constituição da República quando a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *MS 26163*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/04/2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em: 17/01/2015).

<sup>191</sup> A título de exemplo: BRASIL. STJ. 6ª Turma. *EDROMS nº 9702-PR*. Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão unânime. Brasília, 15.04.2004. DJ: 10.05.2004. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015. BRASIL. STJ. 4ª Turma. *Recurso Especial nº 717265-SP*. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Decisão unânime. Brasília, 03.08.2006. DJ: 12.03.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015. BRASIL. STJ. 5ª Turma. *Recurso Especial nº 717265-PR*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Decisão unânime. Brasília, 26.06.2007. DJ: 06.08.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015.

<sup>192</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 201.

militares, o juiz está obrigado, sim, a analisar o argumento. Neste caso o argumento é pertinente com a própria causa de pedir.<sup>193</sup>

Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, construindo a sua ideia de formalismo-valorativo no processo, ao defender o relevante papel de racionalização desempenhado pela exigência de motivação nas decisões judiciais, admite a existência de discricionariedade ínsita ao ato de livremente convencer-se o juiz e, acreditando ser a imposição de motivação meio suficiente para que se encontre a justificação na decisão, critica a posição tomada por José Maria Tesheiner e afirma que motivar não é convencer, já que esta seria uma tarefa do advogado, e “não é responder um a um os argumentos da parte, mas demonstrar (...) o raciocínio desenvolvido para que se possa verificar, afinal, se a decisão é justa ou não, e tudo não redunde em puro arbítrio”<sup>194</sup>.

Não obstante esses argumentos, é forçoso admitir que a ausência de enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes é causa suficiente para que a decisão seja considerada não-fundamentada. Utilizando-se do exemplo do autor acima citado, se uma das partes trazer ao processo discussão sobre um fundamento religioso que ao juiz não se exija pronunciamento sobre a sua substância, ainda assim, para que o argumento seja afastado, há que se ter motivação. Explica-se: não se pode cogitar de uma decisão judicial que silencie sobre um argumento qualquer trazido pelas partes, pois, se não houver pertinência dele com o objeto da discussão, é incumbência do magistrado dizer isso e fundamentar<sup>195</sup> para demonstrar a impossibilidade de se enfrentar a substância do argumento, dada a sua irrelevância para o desate da discussão.

Ao agir nesse sentido, o magistrado estará motivando e atendendo ao ditame constitucional.

O que não se pode admitir, como parece admitir o autor referido, é que o magistrado possa silenciar com respeito àquele argumento, ou que possa

<sup>193</sup> BRASIL JR., op. cit., p. 56.

<sup>194</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

<sup>195</sup> "Para que se dê cumprimento escorreito ao princípio constitucional, é fundamental que também os argumentos ou teses que, ao julgador, pareçam ser de menor ou nenhuma relevância para o julgamento sejam identificadas e rejeitadas com essa fundamentação. Caso contrário, não há como verificar em que condições o julgador encontrou os fundamentos suficientes para proferir tal decisão" (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135).

simplesmente qualificá-lo como impertinente. Ora, em um processo que se estrutura sobre o pilar do contraditório, considerado modernamente como um meio efetivo de influência e de participação na construção da decisão judicial, não se pode cogitar que haja decisão em que o juiz simplesmente qualifique como impertinente um determinado argumento sem que seja obrigado a dizer as razões da pecha que impôs.

A continuar-se nessa linha, além de haver negativa de cumprimento do comando constitucional de motivação das decisões, estará sendo ferido de morte o direito fundamental ao contraditório.

Teresa Arruda Alvim Wambier, fazendo a necessária diferenciação entre os conceitos de decisão *completa* e de decisão *fundamentada*, a fim de que se entendam as exigências de completude de uma decisão de primeiro grau e de uma decisão de segundo grau<sup>196</sup>, defende que deve “o magistrado, na sentença, manifestar-se sobre todas as alegações feitas pelas partes”<sup>197</sup>. Para tanto, serve-se das contundentes observações de José Emilio Medauar Ommati, para quem:

... nessa concepção, não há fundamentação de decisão judicial, não há contraditório, não há participação das partes em simétrica paridade. Há engodo, há encenação, há teatro. As partes participam do processo em simétrica paridade, produzem provas, apresentam seus fundamentos, para quê? Para posteriormente o juiz, tal qual um mágico, desconsiderar as alegações produzidas e responder apenas àquelas que ele acha que deve responder. É o auge do decisionismo judicial. Não se trata nem mesmo mais de discricionariedade, mas de puro arbítrio.<sup>198</sup>

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., parece indicar, ao afirmar que o juiz possui a obrigação de enfrentar não só os argumentos da parte vencedora, mas também os da parte vencida, que é necessário que todos os argumentos sejam devidamente construídos ou desconstruídos, respeitando, com isso, a perspectiva substancial do contraditório, que indica não bastar à parte que apenas possa levar

<sup>196</sup> “Na verdade, rigorosamente, pode-se afirmar que uma decisão pode estar suficientemente fundamentada, no sentido estrito da expressão, embora esta mesma decisão possa ser considerada incompleta” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 335).

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>198</sup> OMMATI, José Emilio Medauar. Embargos declaratórios e o estado democrático de direito. *In*: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis (e figuras afins)*. vol. 8. São Paulo: RT, 2005, p. 259 e ss. *Apud* ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 338.

seus argumentos ao processo e produzir as provas de que disponha, já que “é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado”<sup>199</sup>.

Na mais recente edição de seu curso, Fredie Didier Jr., acompanhado de Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, qualifica de “mau costume” o entendimento predominante nos tribunais brasileiros no sentido da desnecessidade de análise de todos os argumentos trazidos pela parte vencida, afirmando que isso “constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa”<sup>200</sup>. E vai além:

A exigência de análise de todos os fundamentos da tese derrotada é um assunto extremamente relevante do ponto de vista prático, porque a omissão nesses casos muita vez inviabiliza a discussão da matéria nas instâncias extraordinárias, por meio de recursos de estrito direito (extraordinário e especial).<sup>201</sup>

Desse modo, ao contrário do que vem sendo encampado pelos tribunais superiores e por boa parcela da doutrina nacional, entende-se que o dever de motivação implica, sim, em responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, mesmo que impertinentes e mesmo que o magistrado já tenha firmado o seu entendimento a partir de argumentos outros.

Acredita-se que com o passar do tempo, criando-se uma cultura decisória sólida e uma educação jurídica voltada à compreensão da problemática jurídica e não apenas à memorização de textos legais, haverá uma considerável melhoria na fabricação das peças processuais que antecedem a decisão judicial e que os excessos na impertinência argumentativa serão devidamente afastados a partir da aplicação de institutos como o da litigância de má-fé, não sendo necessária a firmação de jurisprudência defensiva, de caráter antidemocrático, no sentido de que o magistrado não é obrigado a enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes.

Não se pune o excesso ignorando-o. Ao contrário. Há que se enfrentá-lo.

---

<sup>199</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acessado em: 18/01/2015.

<sup>200</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 336.

<sup>201</sup> DIDIER JR., op. cit. p. 337.

### 2.1.2 Livre convencimento motivado

No CPC/73, a previsão do artigo 131<sup>202</sup> indica a opção prevalente do legislador brasileiro pelo sistema do livre convencimento motivado, em oposição aos sistemas da tarifação legal da prova e da livre convicção.

Também conhecido como princípio da persuasão racional, o livre convencimento motivado deita raízes no Iluminismo e confere ao magistrado, no momento do julgamento, liberdade na valoração das provas, condicionando-a aos fatos que fundam a relação jurídica, às provas produzidas no processo, às regras legais de prova, às máximas de experiência e à racionalidade, que indica a necessidade de o juiz firmar-se em critérios de valoração que possam ser demonstrados no campo da razão.<sup>203</sup>

A opção por este sistema indica a existência de uma confiança da sociedade em seus juízes, a credibilidade do Judiciário, o preparo cultural dos magistrados e um maior rigor na sua formação profissional.<sup>204</sup>

Pela importância da obra, convém destacar que Rui Portanova, em seu “Princípios do processo civil”, adotando a linha encabeçada por Cândido Rangel Dinamarco sobre os escopos do processo<sup>205</sup> e admitindo, em certa medida, a discricionariedade judicial, quando da defesa da liberdade do juiz no momento do julgamento, entende haver diferenças entre os conceitos de “livre convencimento”, “motivação” (já mencionado no tópico anterior) e “persuasão”, que são por ele classificados como três princípios da sentença.<sup>206</sup>

Afirma Portanova que o princípio do livre convencimento limita-se aos fatos trazidos pelas partes, mas encontra uma extensão superior àquela do artigo 131 do CPC/73. Para ele, o livre convencimento vai além do aspecto probatório, sendo o

---

<sup>202</sup> “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

<sup>203</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 40.

<sup>204</sup> SILVA, Ovídio Baptista da e outros. *Teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1983, p. 307.

<sup>205</sup> Escopos sociais: pacificação com justiça e educação; escopos políticos e escopo jurídico (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

<sup>206</sup> PORTANOVA, op. cit..

juiz “livre para se convencer quanto ao direito e justiça da solução a ser dada no caso concreto”<sup>207</sup>.

Por sua vez, o princípio da persuasão obrigaria o juiz a fundamentar de tal forma que os motivos expostos o fossem na qualidade de uma comunicação criativa e convencessem as partes do acerto da decisão.<sup>208</sup>

Já no NCPC, o legislador optou por extirpar o vocábulo “livremente” do dispositivo que trata a respeito da apreciação da prova. A redação final do artigo 371 foi fruto de aperfeiçoamento, em que se acolheram sugestões doutrinárias (a chamada emenda Streck) e se deu da seguinte forma:

Art. 355. O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.<sup>209</sup>

Art. 378. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.<sup>210</sup>

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.<sup>211</sup>

Como se vê, desde a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Substitutivo ao Projeto de Lei aprovado pelo Senado Federal, é que se deixou de prever que o juiz poderá valorar de forma livre a prova dos autos. Isso implica em uma mudança paradigmática na construção da decisão judicial, pois definitivamente acaba com a ideia, decorrente de uma inadequada interpretação da antiga lei, segundo a qual o juiz poderia escolher a prova que bem entendesse e que bastaria invocar o princípio do livre convencimento motivado para justificar sua tomada de posição. Como se o próprio princípio fosse um álibi para não fundamentar, enquanto ele justamente exige o contrário: que se fundamente!

Fixou-se a leitura do princípio no vocábulo “livre”, como se ele fosse o

---

<sup>207</sup> Ibidem, p. 245.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 252.

<sup>209</sup> Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010.

<sup>210</sup> Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 8.046 de 2010.

<sup>211</sup> Texto final do NCPC.

espaço mais importante do comando. Mas não é assim. A exigência de motivação é a garantia de democracia e deve ser levada a sério.

Há quem diga, como Lênio Streck, que essa tomada de posição do legislador na nova lei processual civil significa a “proibição do livre convencimento”<sup>212</sup>.

Os debates a respeito do assunto ainda são bastante incipientes e restringem-se a manifestações em colunas de sítios jurídicos, sem uma análise teórica mais aprofundada. Diante da posição assumida por Lênio Streck, Fernando da Fonseca Gajardoni manifestou-se em sentido contrário, afirmando que o princípio do livre convencimento motivado não deixou de existir, porque ele é uma oposição aos sistemas da tarificação legal da prova e do livre convencimento puro. Como o NCPC não assumiu qualquer um desses modelos, o livre convencimento motivado ainda persistiria, embora sobre ele não haja menção expressa na nova lei.<sup>213</sup>

Afirma Gajardoni que o livre convencimento motivado “jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei” e que os artigos 371 e 372 do NCPC, ao indicarem que o juiz atribuirá às provas o valor que entender adequado, desde que indique as razões do seu convencimento, estão tratando do livre convencimento motivado. Para ele, o que ocorreu “foi apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da autonomia de julgamento”.<sup>214</sup>

Na continuação do debate, Lucio Delfino e Ziel Ferreira Lopes firmaram-se na trincheira contrária, analisando a questão do ponto de vista da crítica hermenêutica do direito. O primeiro argumento manejado foi para dizer que não basta levar em conta a concepção do legislador de 1973, de buscar um contraponto aos sistemas da tarificação legal e do livre convencimento puro, para justificar a manutenção do livre convencimento motivado nas entrelinhas do NCPC.<sup>215</sup> Para eles:

---

<sup>212</sup> STRECK, Lênio. *Papai Noel: que nos embargos não mais se leia “nada há a esclarecer”!*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/senso-incomum-papai-noel-embargos-nao-leia-nada-esclarecer>. Acessado em: 20/01/2015.

<sup>213</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: [www.jota.com.br](http://www.jota.com.br). Acessado em: 14-04-2015.

<sup>214</sup> Ibidem.

<sup>215</sup> DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas*. Disponível em: [www.justificando.com.br](http://www.justificando.com.br). Acessado em: 14-04-2015.

Ora, a doutrina brasileira já despertou para a premente necessidade de revisitar a temática segundo outros ângulos. Compreendeu que a tradicional maneira como é tratada – a partir dos três modelos históricos de valoração das provas: íntima convicção, prova legal e persuasão racional – desdenha aquilo que sobressai como mais relevante em uma democracia: a discussão sobre mecanismos concretos de *controle* do convencimento judicial. A respeito disso, talvez a proposta acadêmica hoje mais enfatizada (concorde-se ou não com ela) siga rumo à defesa da adoção no Brasil de *standards* de prova cujo desígnio é, precisamente, assegurar *parâmetros racionais e objetivos de controle e acerto do juízo fático*, a reboque do que se verifica na processualística norte-americana.<sup>216</sup>

Nessa linha, os articulistas encontram resquícios da filosofia da consciência na defesa que Gajardoni faz do livre convencimento motivado, de maneira a espantar a ideia de que haja uma escolha no momento da decisão, aquela que se consubstancia em primeiro decidir e depois fundamentar. Propõem Delfino e Ferreira, escorados em Streck, imediatamente, e Gadamer, mediatamente, que “ao invés de fundamentar a partir da própria consciência (ou das essências)”, o juiz compreenda e *re-conheça* na *tradição* as determinantes da decisão, de maneira que se entenda os princípios como fechos da interpretação e não como causas da sua abertura.

Nessa linha, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira destacam que se tem na nova lei um silêncio eloquente, do que decorre a conclusão no sentido de que o juiz deve motivar o seu entendimento na atribuição de valor às provas dos autos, que já não é mais livre e nem íntimo. Para eles, a nova exigência de motivação é justificada porque busca evitar a discricionariedade e “serve para permitir e facilitar o controle da decisão”<sup>217</sup>, de maneira que:

Não é mais correta, então, a referência ao “livre convencimento motivado”, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões judiciais. A mudança, uma das mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC, não pode passar despercebida – ela foi claramente inspirada nas provocações de Lênio Streck.

A ideia defendida e que é assumida também nesta pesquisa, é que uma compreensão sistemática das normas principiológicas do NCPC (contraditório

---

<sup>216</sup> Ibidem.

<sup>217</sup> DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 102-103.

substancial, notadamente, e comparticipação) trazem a visão de um processo “encarado como *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais”<sup>218</sup>. Vale dizer, o processo de valoração da prova é intersubjetivo, fruto da comparticipação e em honra ao contraditório. E nisso não se encaixa a noção de que o juiz possa livremente convencer-se, mesmo que haja a obrigatoriedade de motivação.

Diz-se que não há mais liberdade para convencimento não para que o juiz seja transformado em um autômato, mas para que se retire de vez a ideia de que ele primeiro decida escolhendo o que lhe convence e, depois, busque os fundamentos para formar a sua tese.

Não. O ato decisório nessa nova era deve aproximar-se mais de um método científico apropriado: o pesquisador tem hipóteses e irá investigá-las, de maneira que o resultado da pesquisa seja fruto da construção dos argumentos encontrados durante esse processo. Não pode ocorrer o contrário, com o juiz decidindo antes e buscando fundamentos posteriormente. Assim:

Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanações concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bulow), confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, *desde que depois se justifiquem*, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos.<sup>219</sup>

Então, a opção legislativa de retirar o vocábulo “livremente” do texto do NCPC serve para demonstrar que em um processo civil construído sobre os pilares democráticos não se coaduna com “escolhas” pessoais, íntimas convicções e nem julgamentos conforme a consciência e aqui é nítida a influência da doutrina de Lênio Streck, que de há muito vem trazendo as luzes da teoria do direito para esse ponto específico do direito processual.

Dessa maneira, a posição tomada neste trabalho é a de compreender que houve o fim do princípio do livre convencimento motivado para o direito processual

---

<sup>218</sup> DELFINO; ZIEL, op. cit.

<sup>219</sup> Ibidem.

civil, havendo que se entender a necessidade de reestruturação dos sistemas de valoração probatória, já que não se está voltando à tarifação legal e nem mesmo ao livre convencimento puro. O que se vê é um avanço para o sistema de valoração probatória participativo, baseado francamente no contraditório substancial como fator de extinção da liberdade judicial no momento da atribuição dos sentidos.

Sobre esse assunto, invoca-se tanto a doutrina de Ronald Dworkin e a ideia de direito como integridade, com influências da comunidade de princípios no momento da decisão, quanto a doutrina de Lênio Streck e o entendimento de que a Constituição fornecerá as respostas corretas, temas que serão objetos de aprofundamento ao final deste capítulo.

### **2.1.3 Contraditório**

Observa-se uma clara evolução do conceito de contraditório no decorrer da história. É evidente que o significado de contraditório nos dias atuais é diverso daquele que se tinha no Estado Liberal, por exemplo.

O advento do constitucionalismo trouxe à discussão a necessidade de se buscar meios de “realização efetiva do contraditório”, de maneira que o processo fosse legitimado pela possibilidade real de participação – e não meramente formal como antes. Desse modo, “o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes”<sup>220</sup>.

Para além disso, segundo Marinoni, o conteúdo do contraditório contempla a adequada comunicação dos atos processuais, a fixação de prazos para a realização deles, a possibilidade de adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto e a tutela efetiva do direito material sem os óbices da demora do processo, do abuso do direito de defesa e da inércia jurisdicional quando o direito torna-se incontroverso no curso do processo<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Idem, 2013, p. 417-418.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 420-421.

Na sua obra clássica a respeito dos princípios constitucionais no processo, Nelson Nery Jr. assevera que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.<sup>222</sup>

Nessa quadra da história, o contraditório ganha relevância pelo fato de servir como guia necessário para a construção da decisão judicial democrática. Ele estabelece ao juiz e às partes limites no curso do processo e, ao fazê-lo, contribui para que a atuação jurisdicional seja revestida de legitimidade. Ele é “inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder”<sup>223</sup>.

O diálogo entre o juiz e as partes, decorrente da chamada bilateralidade de audiência<sup>224</sup>, é fator de fundamental importância para o processo. É a partir dele que o julgador buscará elementos que permitam a sua decisão.

Essa moderna visão do contraditório oportuniza que o juiz seja, de fato, influenciado pelos argumentos trazidos pelas partes ao processo. E isso traz consequências que implicarão em profunda mudança no proceder dos agentes processuais, pois leva o juiz a abrir-se aos argumentos das partes e os advogados a uma necessária conscientização sobre a importância de uma adequada argumentação, que seja hábil a convencer o julgador.

Decretado está o fim das chamadas “decisões-surpresa”, aquelas proferidas sem que tivesse havido prévia discussão sobre os seus fundamentos com as partes.

E neste ponto é fundamental ressaltar a influência de Elio Fazzalari e a sua ideia de processo como procedimento em contraditório, que se manifestaria em dois momentos básicos: o momento da informação e o da reação. Então, é dever do Estado-juiz informar às partes sobre o que se dá no processo, oportunizando que

<sup>222</sup> NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 170.

<sup>223</sup> PORTANOVA, op. cit., p. 160-161.

<sup>224</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

elas possam reagir da forma como entenderem conveniente, sem que isso, no entanto, signifique uma obrigação e sim um ônus.<sup>225</sup>

Essa ideia é contrária àquela defendida por Cândido Dinamarco, que enxerga o processo do ponto de vista de sua efetividade e, a partir disso, busca justificar a atuação do julgador na realização dos escopos do processo, com forte influência da já superada jurisprudência dos valores<sup>226</sup>. Entretanto, como bem ressalta Alexandre Morais da Rosa, essa vinculação axiológica defendida por Dinamarco, com pretensões de moralização do jurídico, em que o juiz aspira os anseios sociais, “com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente”<sup>227</sup>.

Enquanto Dinamarco segue a linha que deposita demasiada confiança no julgador, pregando um protagonismo judicial, a proposta de Fazzalari vai no sentido do policentrismo processual, justamente indicando essa necessidade de influência das partes na construção da decisão judicial, como uma forma de superação do estatalismo pensado por Dinamarco.

Apesar de haver consideráveis divergências doutrinárias a respeito do tema, verifica-se a estreita ligação entre o tema do contraditório e a chamada colaboração processual. Essa sistemática inaugurada pelo NCPC exige que o juiz comporte-se como um colaborador das partes e com elas dialogue, de maneira que se consiga construir uma decisão que resolva o litígio de forma completa e democrática.

Sob a perspectiva do formalismo-valorativo, Daniel Mitidiero, ao construir a sua ideia de processo colaborativo, entende o contraditório como o “direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional”<sup>228</sup>. É verdade que o formalismo-valorativo que influenciou Mitidiero é aquele construído na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, apesar de ter dado grande contribuição para a introdução do tema no Brasil, ainda o fez sob uma ótica axiológica. A doutrina, entretanto, evoluiu, justamente para superar essa ideia axiológica de Alvaro de Oliveira e

---

<sup>225</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.

<sup>226</sup> DINAMARCO, op. cit.

<sup>227</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/1203>. Acessado em: 24/01/2015, p. 270.

<sup>228</sup> Idem, 2011, p.149.

Dinamarco e passou a pensar a colaboração processual e o próprio formalismo pelo viés deontológico.

E foram essas as influências do legislador ao prever no capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil do NCPC, além da cooperação, dois artigos que tratam especificamente do contraditório: o 9º e o 10º<sup>229</sup>.

Por esses dispositivos, o NCPC impõe que se observe de uma vez por todas essa moderna visão do contraditório, com a “previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo”<sup>230</sup>.

#### 2.1.4 Legitimidade

Como já mencionado anteriormente, a legitimidade democrática do Judiciário reside basicamente na exigência de motivação de suas decisões, tendo em vista as peculiaridades desse poder estatal. Enquanto o Legislativo e o Executivo sofrem um direto controle popular, a partir da eleição dos seus membros, o Judiciário, por necessitar de técnicos livres dos influxos político-partidários, seleciona-os por meio de concursos públicos que avaliam a capacidade técnica.

Neste ponto, importante é destacar a crítica de Calmon de Passos, para quem a seleção por concurso público, apesar de funcionar do ponto de vista técnico, nada representa do ponto de vista político (e aqui ele fala não da política partidária), ou seja, não legitima a atuação do magistrado por este viés<sup>231</sup>. Para ele:

(...) o que não pode subsistir é a forma tradicional do concurso, feito em ambiente fechado, por elementos do próprio Judiciário, subtraído o povo, e todo poder de controle. Essa “auto-preservação” do Judiciário é perniciosa e só tem contribuído para agravar a degeneração de justiça e defasar, no tempo, a melhoria dos serviços de justiça. Retira-lhe legitimidade e o coloca perigosamente distanciado das bases de que emana a soberania.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 309, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 699.

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

<sup>230</sup> MITIDIERO, op. cit., p.150.

<sup>231</sup> Idem, 2014, p. 473.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 473.

Diante disso, resta a exigência de fundamentação das decisões como meio de conferir que a atuação jurisdicional seja legitimada democraticamente, tanto com vistas ao controle popular, quanto com vistas ao controle recíproco entre os poderes estatais.

Nessa toada, ganha sensível relevo a discussão da legitimidade democrática do Judiciário a partir da fundamentação de suas decisões na época atual, em que se percebe um crescimento acentuado do chamado ativismo judicial.

A existência de uma Constituição que reconheceu uma imensa gama de direitos e os qualificou como fundamentais, somada à realidade social brasileira, de extrema carência, a um Estado que recorrentemente nega vigência aos dispositivos constitucionais e à cultura da litigiosidade que marca a sociedade contemporânea é a receita ideal para que se tenha o fortalecimento do Poder Judiciário na sua face ativista.

É comum que o Judiciário seja provocado a atuar para impor obrigações de cumprimento de deveres básicos descumpridos pelo Executivo, assim como tornou-se comum que o Judiciário seja instado a manifestar-se diante da omissão legislativa.

Nesse sentido, ganha extrema relevância a exigência de fundamentação das decisões judiciais, nascendo daí a denominada “legitimidade argumentativa”, que não resulta propriamente da eleição dos membros do Judiciário e, sim, “da forma como decidem e da argumentação jurídica que apresentam para justificar as decisões por eles proferidas”<sup>233</sup>.

Nesse ponto, é fundamental que seja destacada a ideia segundo a qual a legitimidade do direito não é pré-existente, ou seja, “somente um poder comunicativo, desenvolvido em uma práxis argumentativa inserida em um espaço público determinado será capaz de gerar o Direito de forma legítima”<sup>234</sup>.

Indo mais fundo na análise da questão e lançando luzes sobre a atuação das cortes constitucionais, Marcos Botelho parte do pressuposto de que seja essencial a previsão da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais para conferir legitimidade democrática à atuação do Judiciário, mas defende a

---

<sup>233</sup> SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 32.

<sup>234</sup> BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180.

necessidade de “abertura à sociedade de intérpretes, pois fundamentação sem controle pode ser comparada com uma bolha que, possuidora de forma visível, não permite ao observador a apreensão de seu conteúdo por ser ele inexistente”<sup>235</sup>. E prossegue:

(...) somente a fundamentação não é suficiente. E a razão é simples. Em primeiro lugar, não basta a simples exposição pública, pois somente a abertura da Corte à práxis argumentativa, fundamentada em uma ética discursiva, é capaz de tornar essa exposição pública sujeita ao controle da coletividade. A outro giro, os legisladores sofrem de um controle da coletividade através do processo eleitoral, questão que não é referida por Cappelletti.<sup>236</sup>

Dessa maneira, convém que se repense a forma de legitimação das decisões judiciais, pois se o Judiciário é o “guardião supremo da vontade do povo”, por lhe competir a guarda da Constituição, das liberdades e direitos<sup>237</sup>, é evidente que a forma de controle dos seus atos é de fundamental importância para a preservação da democracia, não se podendo cogitar da existência de decisões judiciais com déficit de fundamentação, pois isso implicaria em déficit democrático.

## 2.2 O pós-positivismo e seus dilemas

O objetivo deste tópico é analisar a forma como o fenômeno pós-positivista tem se manifestado no direito brasileiro, notadamente as suas implicações na construção da decisão judicial.

### 2.2.1 À guisa de introdução: compreendendo o pós-positivismo

O movimento pós-positivista (neopositivista, para alguns) iniciou-se a partir da dificuldade encontrada com o positivismo jurídico e a discricionariedade que ele concedia ao julgador no momento da aplicação da norma. Eduardo Cambi indica vários fatores que contribuíram para que a Constituição passasse a ser “o marco filosófico da compreensão do direito”, do que decorreu a onda que denomina de neopositivista<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 212.

<sup>237</sup> MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 103.

<sup>238</sup> CAMBI, op. cit., p. 79.

Para ele, o declínio da Escola da Exegese, com o advento de uma nova hermenêutica jurídica, a força normativa da Constituição, que passa a expedir comandos e não intenções políticas e o entendimento sobre a natureza contratual do Estado, do que decorre a conclusão de que o direito não decorre do divino e, sim, que é um produto racional, são os fatores que contribuíram de forma decisiva para que um novo paradigma filosófico fosse introduzido no direito<sup>239</sup>.

O mesmo autor traça um comparativo entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo, indicando que o primeiro possuía as seguintes características básicas:

a) a *identificação plena do direito com a lei*; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o *não reconhecimento dos princípios como normas*; d) a dificuldade para explicar os *conceitos indeterminados*; e) a *identificação entre vigência e validade da lei*; f) o *formalismo jurídico*; g) o não tratamento da questão da *legitimidade* do direito<sup>240</sup> (grifos no original).

Já o pós-positivismo (neopositivismo na denominação de Cambi) caracteriza-se pela superação do legalismo, uma herança da Revolução Francesa, cujo intento era a manipulação ideológica pela burguesia, com a difusão da “ideia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral”<sup>241</sup>; pela existência de Constituições que estabelecem um “programa positivo de valores” a serem concretizados pelo legislador, do que decorre o reconhecimento da normatividade dos princípios, que deixam de exercer função secundária, com caráter deontológico-teleológico<sup>242</sup>; pela diferença entre os conceitos de regra e princípio<sup>243</sup>; pelo método concretista da norma jurídica, segundo o qual “a norma não é a mera descrição da lei ou da Constituição, mas resultado da interpretação”<sup>244</sup>; pela superação do formalismo jurídico, que significa a superação do *império do rito*, conferindo-se a importância devida ao conteúdo do direito, sem prevalência das formalidades legais<sup>245</sup>; pela rejeição do império do silogismo judicial, superando-se o modelo de separação entre sujeito e objeto, promovendo uma reflexão hermenêutica (na análise deste ponto, o autor admite exacerbado

<sup>239</sup> Ibidem.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 85.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 114-116.

subjetivismo, ao afirmar que a sentença, decorrente do verbo *sentir*, é produto da cognição operada no processo judicial e da vontade e do espírito humano do juiz, posição com a qual não se concorda)<sup>246</sup>; pela aproximação do direito e da moral, a partir da previsão de direitos fundamentais, que expressam as *exigências morais* de um determinado período histórico<sup>247</sup>; pela diferenciação dos conceitos de legalidade e legitimidade, de modo que esta seja encontrada no conteúdo da norma e não na sua forma<sup>248</sup>, dentre outras características.

Essas características do pós-positivismo indicam, como defende Luis Roberto Barroso, que ele se situa “na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo”<sup>249</sup>. Nesse sentido, sintetiza:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.<sup>250</sup>

Enquanto que positivistas preocupavam-se estabelecer limites do direito, diferenciando os elementos jurídicos dos extrajurídicos, na busca por soluções na construção jurídica do passado, o pós-positivismo propõe um olhar para o futuro, conforme a lição de Albert Calsamiglia:

Neste sentido, poderíamos assinalar que as doutrinas pós-positivistas estão mais interessadas nos problemas originados da indeterminação do direito, do que em descrever as convenções do passado. Não ignoram a institucionalização do direito, mas o que interessa é o que está mais além dos limites estritamente institucionalizados. O centro de atenção moveu-se em direção à indeterminação e à solução dos casos indeterminados. Os casos

---

<sup>246</sup> Ibidem, p. 119-122.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 134-135.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 144-145.

<sup>249</sup> BARROSO, op. cit.

<sup>250</sup> Ibidem.

difíceis já não são vistos como excepcionais para o estudo do direito e, sim, passam a ocupar o centro da agenda da teoria do direito.<sup>251</sup>

Calsamiglia sugere, então, que as duas principais preocupações do pós-positivismo são a revisão da tese das fontes do direito e a sua indeterminação e a conexão entre a moral e o direito, a partir do que são atacadas as teses positivistas que admitem a discricionariedade judicial.<sup>252</sup>

E são estes os dois pontos centrais para os dilemas que o pós-positivismo vem enfrentando, notadamente quando se tem a análise sob o viés da decisão judicial e a forma como o sistema de precedentes vem sendo construído no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.2.2 Neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo

Primeiramente, convém destacar que há uma forte discussão teórica sobre qual seria o termo adequado para indicar a quadra atual, norteadora do direito constitucional. Parte da doutrina entende que o termo *neoconstitucionalismo* é o que melhor expressa as características do momento que se vive, enquanto que outra parte defende a necessidade de superar o termo, utilizando a expressão *constitucionalismo contemporâneo*.

Luis Roberto Barroso denomina de neoconstitucionalismo e estabelece três marcos que o caracterizam: o histórico, consubstanciado no constitucionalismo nascido na Europa após a Segunda Grande Guerra e a Constituição de 1988 e o conseqüente processo de redemocratização no Brasil; o filosófico, traduzido pelo pós-positivismo; e o teórico, que se desdobra em “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> Tradução livre do original: “*En este sentido, podríamos señalar que las doctrinas postpositivistas están más interesadas en los problemas que origina la indeterminación del derecho que en describir las convenciones del pasado. No ignoran la institucionalización del derecho pero lo que interesa es lo que está más allá de los límites estrictamente institucionalizados. El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos difíciles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoría del derecho.*” (CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 21, 1998, p. 212. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>. Acessado em 31/01/2015)

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 218-219.

<sup>253</sup> BARROSO, op. cit.

Na mesma linha, em obra de referência sobre o tema, Eduardo Cambi indica um caráter transformador na função desempenhada pela Constituição no ordenamento jurídico, de maneira que ela seja entendida em dois vieses: como uma *ordem-quadro* e como uma *ordem-fundamental*, ou seja, que imponha limitações e proibições à atuação do legislador, deixando para ele uma certa discricionariedade apenas no que seja constitucionalmente “possível” (excluindo-se aqui da discricionariedade legislativa o campo do “necessário” e do “impossível” constitucionalmente falando) e impondo à sociedade um “sistema de valores”, “que servem não como limites, mas como fundamentos, fins ou tarefas que devem nortear a atividade estatal ou não, por intermédio de *deveres de proteção*”<sup>254</sup>.

Isso indica, então, que a Constituição deixa de ser um mero documento político e passa a desempenhar papel de protagonista na efetivação dos direitos que prevê. Ela deixa de ser “condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”<sup>255</sup> e passa a impor comandos e limites que devem ser obedecidos.

Daí decorre o ganho de relevância que o Poder Judiciário vem experimentando a partir da expansão da jurisdição constitucional e o seu papel de controlador – e, eventualmente, promotor – das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Nesse sentido, Cambi defende a interferência judicial, afirmando que, caso contrário, a efetivação dos direitos, em países de modernidade tardia, como o Brasil, não ocorrerá a contento<sup>256</sup>.

Para esse fenômeno da expansão da jurisdição constitucional, Cambi indica como um dos fatores preponderantes a crise da democracia representativa, vinculada que está à *crise* da lei, seja no aspecto estrutural, com a crise da legitimidade dos parlamentos, seja no aspecto funcional, com a “mitigação do princípio da legalidade como o mais importante instrumento regulativo da vida social”. E é assim porque já não mais se crê que a lei seja a representação da vontade geral.<sup>257</sup> A realidade indicou que ela geralmente é a representação da vontade do grupo que detém maior poder político no momento da fabricação do

---

<sup>254</sup> CAMBI, op. cit., p. 24-25.

<sup>255</sup> BARROSO, op. cit.

<sup>256</sup> CAMBI, op. cit., p. 182.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 184.

texto legal.

Não se ignora, também, que a consequência disso tudo foi a *desneutralização política do Judiciário*, que não realizará mais e tão-somente a mecânica tarefa de subsumir o fato à letra da lei, “mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados”<sup>258</sup>.

Como consequência, tem-se, então, a preocupação com os limites impostos ao Judiciário na imposição dos limites aos demais poderes, de maneira que não se caia no perigoso campo das decisões judiciais políticas, baseadas em fundamentos jurídicos frouxos e mal ajambrados.

Outro grande dilema surgido a partir do reconhecimento de uma gama considerável de direitos fundamentais, seguido da inoperância do Estado na efetivação, foi a corrida ao Judiciário e a judicialização dos conflitos, em grande parte, contra o Estado. Esse fenômeno gerou várias reações da jurisprudência, da doutrina e até do próprio legislador, que, de um lado, buscavam atender à norma do acesso à justiça e, de outro, conter o jurisdicionado. Daí surgiram iniciativas técnicas constitucionalmente defensáveis, como a busca pela racionalização das decisões judiciais e outras que nem de longe passariam pelo crivo da constitucionalidade, como aquelas qualificadas como “jurisprudência defensiva”, fatores estes que serão analisados com mais vagar no próximo capítulo.

Por fim, como característica final do marco teórico definidor do neoconstitucionalismo, Barroso indica o surgimento de uma nova forma de interpretação, que leva em conta a Constituição, que ganhou normatividade. Assim, enquanto que a interpretação jurídica tradicional indicava que o papel da norma seria oferecer a solução aos problemas jurídicos e o papel do juiz seria encontrar no ordenamento a norma adequada que solucionasse o problema jurídico, a interpretação constitucional mostrou que a resposta ao problema jurídico nem sempre é encontrada na abstração do texto normativo, sendo necessária uma análise tópica para que se encontre a solução adequada constitucionalmente e que o papel do juiz não é mais de mero revelador do sentido da norma, mas, sim, participante ativo na sua construção, “completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre

---

<sup>258</sup> Ibidem, p. 195.

soluções possíveis”.<sup>259</sup>

Lênio Streck critica a utilização do termo *neoconstitucionalismo* e propõe a utilização da expressão *Constitucionalismo Contemporâneo*, alegando que aquele termo levou a doutrina brasileira a uma percepção equivocada e “acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (...) e do ativismo judicial norte-americano”<sup>260</sup>.

Para ele, muito embora a importação do termo e de algumas propostas tenham tido importância estratégica naquele momento histórico, atualmente já não mais se pode aceitar um direcionamento neoconstitucionalista, pois

(...) passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).<sup>261</sup>

Na leitura que faz, Streck vislumbra dois níveis de redimensionamento da práxis político-jurídica a partir do constitucionalismo contemporâneo: no plano da teoria do Estado e da Constituição, que se mostra pelo Estado Democrático de Direito e no plano da teoria do Direito, com a reformulação da teoria das fontes (onipresença da Constituição), da teoria da norma (princípios como normas) e da teoria da interpretação.<sup>262</sup>

É justamente na reconstrução dessa teoria da interpretação que se pode identificar a principal diferença na abordagem feita por Lênio Streck. Enquanto que

<sup>259</sup> BARROSO, op. cit..

<sup>260</sup> STRECK, Lênio. O Que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. In: HELLMAN, Renê Francisco; MARGRAF, Alencar Frederico. *Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no direito: uma visão interdisciplinar*. Telêmaco Borba: Editora FATEB, 2014, p. 50.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 51-52.

autores neoconstitucionalistas, embora manifestem preocupação com a contenção da discricionariedade judicial, não encontram meios eficazes para tanto, a proposta de Streck é mais objetiva no sentido de oferecer subsídios para o fim da discricionariedade.

De todo modo, para além do debate teórico a respeito da denominação, o fato é que o constitucionalismo contemporâneo tem a incumbência de lidar com a discricionariedade judicial e combatê-la e é a partir desse marco que serão analisados os tópicos a seguir, de maneira que se entenda como o fenômeno pós-positivista refletiu no processo civil brasileiro, como a normatividade dos princípios foi mal compreendida e gerou a fabricação de novos “princípios” sem qualquer supedâneo normativo e como tudo isso vem refletindo na forma de construção da decisão judicial, legitimando decisões conforme a consciência do julgador.

### 2.2.3 Pan-principiologismo

O termo *pan-principiologismo* foi cunhado por Lênio Streck para designar a abertura oportunizada pelas teorias pós-positivistas para a criação “de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’”, de onde decorreriam as soluções para todos os casos difíceis ou para “‘corrigir’ as incertezas da linguagem”.<sup>263</sup>

Do positivismo ao pós-positivismo viu-se o ganho de normatividade dos princípios. O que o positivismo denominava de “princípio geral do direito” deixou de existir, uma vez que esse instituto era entendido como uma forma de orientar a interpretação das regras a serem aplicadas no caso concreto. O pós-positivismo propõe, então, a superação da ideia de que princípios sejam “figuras de integração normativa”<sup>264</sup>, para compreendê-los, na esteira das lições de Dworkin, como normas de caráter fundante do sistema, que se sobrepõem a argumentos utilitaristas e devem ser considerados pelo intérprete/aplicador<sup>265</sup>.

Dworkin promove duas distinções: entre princípios e regras e entre princípios e diretrizes políticas. Esta última distinção, ao que parece, é pouco explorada na doutrina brasileira, que acaba por importar apenas parte da teoria

<sup>263</sup> STRECK, op. cit., p. 518.

<sup>264</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto e outros. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 41.

<sup>265</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 119-120.

cunhada pelo jusfilósofo americano, dando azo ao pan-principiologismo. Na crítica a isso, vale menção ao alerta da Escola Mineira:

Retomando, então, a relação entre princípios e diretrizes políticas, pode-se afirmar que um princípio prescreve um direito e, por isso, contém uma exigência de justiça, equanimidade ou devido processo legal; ao passo que uma diretriz política estabelece um objetivo ou uma meta a serem alcançados, que, geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável. Dworkin atribui o status de trunfos aos princípios, que, em uma discussão, devem se sobrepor a argumentos pautados em diretrizes políticas, excluindo a possibilidade de os juízes tomarem decisões embasadas nessas diretrizes.

Esse raciocínio marca a posição antitutilitarista assumida por Dworkin, de modo a rejeitar qualquer forma de males feitos aos indivíduos em favor de uma melhoria para o bem-estar geral. (...)

Essa atividade jurisdicional, então, tem de abraçar a afirmação de que é possível uma resposta correta para o julgamento de dado caso particular, o que significa aplicar o princípio adequado ao caso concreto.<sup>266</sup>

Assim, ao que parece, em muitos momentos opera-se uma confusão entre os conceitos de princípio e de diretriz política, de maneira que as metas a serem alcançadas a partir da aplicação do direito transformam-se, como num passe de mágica, em normas principiológicas, mesmo que não o sejam naturalmente.

Na sua obra, Streck elenca alguns exemplos do que considera serem “princípios utilizados largamente na cotidianidade dos tribunais e da doutrina – a maioria deles com nítida pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma”<sup>267</sup>. Serão elencados aqui os exemplos dados e que, de alguma maneira, tenham ligação com o tema do trabalho ou influência no direito processual.

Para ele, o denominado princípio da simetria, invocado no ramo do direito constitucional para justificar a ideia de estender para os Estados da federação o alcance de dispositivos da Constituição Federal nada mais teria do que um caráter retórico, pois é utilizado como um artifício interpretativo para resolver controvérsias relativas às competências dos entes federados que, de todo modo, já estão submetidos aos princípios da Constituição Federal.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> THEODORO JUNIOR e outros, op. cit., p. 42-43.

<sup>267</sup> STRECK, op. cit., p. 519.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 519.

A crítica é estendida, ainda, ao chamado princípio da efetividade da Constituição. Para Streck, há uma tautologia na utilização do “princípio”, já que a efetividade das normas constitucionais é entendida pela hermenêutica como um pressuposto essencial do Constitucionalismo Contemporâneo, de maneira que a validade principiológica da efetividade há de depender do seu manejo, já que não poderá significar abertura para “decisionismos e/ou ativismos judiciais”.<sup>269</sup>

No que toca à decisão judicial, Streck elenca três princípios que considera frutos dessa onda *pan-principiologista*. O primeiro deles, denominado de princípio da precaução, mencionado em julgamentos do STF e do STJ, inclusive, indicaria a necessidade de precaução dos magistrados na tomada de decisões que possam ter consequências graves. Com relação a ele, afirma o autor que somente se poderia considerar um princípio se se partisse da ideia de que os princípios não são normas, figurando apenas como valores, que serviriam como “capas de sentido” ao direito.<sup>270</sup>

Mais adiante, Streck ataca o chamado princípio da não-surpresa, para dizer que não há meios de se resolver uma demanda a partir da aplicação desse *standard*, dada a ausência completa de normatividade, por não se conseguir determinar do que decorreria a referida “norma”. Na mesma linha, critica o princípio da confiança, que teria nada mais do que “um lugar no campo performático da argumentação jurídica”, já que a própria razão de ser do direito é o de “impor limites à livre prática de atos políticos e de uma maneira geral na sociedade”, não havendo necessidade de fixação de uma norma para orientar o que é da própria essência do direito.<sup>271</sup>

A crítica é dirigida, ainda, ao denominado princípio do processo tempestivo, cuja existência é defendida por parte da doutrina e da jurisprudência para obrigar o Judiciário a prestar a tutela jurisdicional em um prazo razoável. A questão posta por Streck, entretanto, coloca em xeque a normatividade do “princípio”, para dizer que ele não se sustenta pela sua inutilidade no campo prático. Defende que a utilização do *standard* não contribuiria para a tramitação dos processos de forma mais célere, pois é “somente a partir da integridade de da coerência, fruto da reconstrução institucional do direito, que se alcançará a concretização da necessidade da

---

<sup>269</sup> Ibidem, p. 519-520.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 521.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 521-522.

tempestividade processual”.<sup>272</sup>

A partir da análise da crítica feita por Streck ao princípio da instrumentalidade processual, entretanto, o autor não parece negar a sua normatividade, pois centra seu ataque no conteúdo do próprio princípio. Para ele, a instrumentalidade como princípio possibilita o desprezo às formalidades processuais e modifica a natureza do processo, que deixa de ser um direito material e passa a ser considerado “um mero instrumento para alcançar um fim maior”, numa “aposta na tradicional delegação processual em favor do juiz”, que encontra respaldo no paradigma da filosofia da consciência.<sup>273</sup>

Ainda no campo do processo, Lênio Streck faz veemente ataque ao princípio da cooperação processual e questiona quais seriam as sanções aplicadas às partes em caso de não cooperação no processo.<sup>274</sup> O tema rendeu discussão mais aprofundada e direta com Daniel Mitidiero, para quem a colaboração (ou cooperação) pode ser entendida como um modelo de processo civil e também como um princípio, a saber:

Para além de um modelo, a colaboração também é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para a organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento.

O princípio da colaboração tem assento firme no Estado Constitucional. Não há processo justo sem colaboração. A necessidade de participação que se encontra à base da *democracia contemporânea* assegura seu fundamento normativo. É preciso perceber que a defesa do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo civil de forma equilibrada.

Dessas observações, aliás, fica claro que ainda que se parta de outra acepção de princípio, como aquela proposta por Lênio no sentido de que o princípio só existe a partir de uma regra e de que não há regra sem princípio, é perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. A colaboração determina a

---

<sup>272</sup> Ibidem, p. 523-524.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 525-526.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 528.

conformação do direito ao processo justo e, portanto, de suas regras.<sup>275</sup>

Na resposta ao convite formulado por Mitidiero, Streck escorou-se na doutrina de Dworkin para defender que os princípios não são valores e aí passou a criticar a ideia de formalismo-valorativo pregado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de quem Mitidiero é reconhecidamente um dos mais destacados discípulos. Desse modo, compreendida no âmbito do formalismo-valorativo, careceria da qualidade de princípio a colaboração, pois ela não inibiria a discricionariedade judicial e ocasionaria entraves para a conformação de respostas corretas, jogando por terra a ideia de coerência a que está vinculada a teoria dos princípios proposta por Dworkin.<sup>276</sup>

Travado todo esse debate, ao que parece, o futuro que se antevê a partir das disposições do NCPC, indica que não prevalecerá nem a ideia de ausência de normatividade da cooperação pregada por Streck e nem o formalismo-valorativo defendido por Mitidiero. A formulação da nova legislação parece ter levado em conta a ideia de *comparticipação*, cunhada por Dierle Nunes<sup>277</sup>, um grande expoente da escola mineira do direito processual civil. Essa releitura da cooperação afasta o viés estatalista criticado por Streck e muito forte na teoria de Mitidiero, nos seguintes termos:

Para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/*justo*, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de inclusão à *comparticipação* (em decorrência dos comportamentos não cooperativos).<sup>278</sup>

Na sequência, Streck lança questionamentos sobre o chamado princípio da

<sup>275</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como um *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. *Revista de Processo*, vol. 194, abril-2011, p. 57.

<sup>276</sup> STRECK, Lênio Luiz, MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, vol. 213, nov-2012.

<sup>277</sup> NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>278</sup> THEODORO JUNIOR e outros, op. cit., p. 82-83.

confiança no juiz da causa e argumenta não haver razão para se reconhecer normatividade para ele, pois ele implicaria no esvaziamento do tribunal de revisão da decisão proferida na primeira instância, que poderia estar autorizado apenas à análise da questão de direito, sem poder adentrar no campo fático<sup>279</sup>.

Mais adiante, elenca os seguintes princípios: *da jurisdição equivalente*, usado em julgados para justificar o provimento monocrático do recurso, sob a justificativa de que o colegiado assim decidiria; *lógico do processo civil*, do que decorreria a obrigatoriedade óbvia de que a distribuição da justiça deve utilizar-se das formas adequadas e questiona, “o que não é um ‘princípio?’”; *da dialeticidade*, segundo o qual o tribunal seria obrigado a apreciar as razões e contrarrazões recursais; *da adaptabilidade processual*, que possibilitaria a adaptação do procedimento à causa, ensejando, segundo Streck, o protagonismo judicial e, conseqüentemente, o decisionismo; *da inalterabilidade da sentença*, autoexplicativo que é, para Streck, configura-se desnecessário, já que se trata de regra já prevista no ordenamento.<sup>280</sup>

No combate ao pan-principiologismo há que se levar em consideração esse viés participativo idealizado por Dierle Nunes, a fim de que não haja aumento de poder dos magistrados, que não poderão “deixar de se submeter à Constituição” e extrair “‘princípios’ a partir de outras fontes”. Os atores processuais (juízes, partes, terceiros etc.) “estão sobremaneira vinculados à normatividade”, de maneira que a “invocação de um princípio precisa encontrar lastro normativo”, já que argumentos de natureza lógica, moral e pragmática podem ser usados pelo legislador na formulação dos textos legais e não pelo juiz, para a solução de uma demanda.<sup>281</sup>

#### **2.2.4 Discricionariedade judicial**

O positivismo jurídico deixou um problema para ser resolvido por aqueles que se propuseram a construir um novo paradigma filosófico para o direito: a discricionariedade judicial.

Hans Kelsen, diante da pluralidade de significações dos termos linguísticos e do espaço de variabilidade da norma, admitia a existência de várias possibilidades

<sup>279</sup> STRECK, op. cit., p. 528.

<sup>280</sup> Ibidem, p. 532-534.

<sup>281</sup> THEODORO JUNIOR e outros, op. cit., p. 52-53.

de aplicação no caso concreto. Na sua metáfora da moldura, Kelsen aceitava a discricionariedade judicial e entendia ser “conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.<sup>282</sup>

Hart, por sua vez, indicava a existência do que chamou de “textura aberta” no direito, admitindo a discricionariedade judicial sempre que não haja uma regra clara e pré-estabelecida para regular o caso concreto.<sup>283</sup>

Streck bem sintetiza a evolução do problema:

Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, *vontade e discricionariedade* são faces da mesma moeda).<sup>284</sup>

Sob esse enfoque, desde já é imperioso concordar com Streck quando ele defende a sinonímia entre os vocábulos discricionariedade e arbitrariedade e o faz a partir das lições de Dworkin em sua crítica ao positivismo hartiano, no “sentido forte da discricionariedade”, ou seja, quando não há regra clara pré-estabelecida. Mas Streck vai além, denunciando que a discricionariedade que se vislumbra no Brasil encontrou ainda mais espaço, a saber:

Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. – o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasilis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua *Teoria Pura do*

<sup>282</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 389-390.

<sup>283</sup> HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>284</sup> STRECK, op. cit., p. 38.

*Direito*).<sup>285</sup>

Ocorre, em determinadas circunstâncias, na doutrina, uma confusão entre os conceitos de discricionariedade do juiz no momento da decisão judicial e a discricionariedade do administrador, que é regulada pelo Direito Administrativo e admitida como necessária, inclusive, já que ao administrador público se dá a função de analisar se estão presentes no caso concreto a conveniência e a oportunidade para a prática do ato administrativo discricionário.

Entretanto, quando se fala em discricionariedade do juiz não se está a tratar da discricionariedade do administrador público, razão pela qual não se pode admitir que aquela seja analisada à luz dos requisitos desta. Com isso, não parece adequada a comparação realizada por José Roberto dos Santos Bedaque, a saber:

(...) quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais relevante e delicada se apresenta a função jurisdicional. A decisão, nesses casos, pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador, que a doutrina processual costuma identificar, de forma não muito precisa, como poder discricionário atribuído ao juiz. Na realidade, não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valores próprios da discricionariedade (...) não tem o juiz, portanto, mera faculdade de antecipar a tutela. Caso se verifiquem os pressupostos legais, é seu dever fazê-lo. Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna discricionário o ato judicial.<sup>286</sup>

A análise feita por Bedaque indica a confusão entre os conceitos, mas ela deve ser afastada, já que, no âmbito do direito administrativo, a discricionariedade apresenta-se como um procedimento disponibilizado pela lei ao administrador público para a escolha sobre a prática ou não-prática de um determinado ato administrativo. Já no processo, a discricionariedade é percebida não como um procedimento à disposição do juiz, mas sim como a qualidade de um ato decisório realizado a partir de uma escolha. A decisão judicial não pode ser decorrente de uma escolha feita pelo julgador. Impõe-se sempre a vinculação da decisão ao ordenamento e não à vontade do julgador.

---

<sup>285</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>286</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 352.

Desse modo, quando se diz que o julgador, na interpretação/aplicação de conceitos indeterminados não pode agir de modo discricionário, não se quer dizer que ele não deva interpretar, mas, sim, que ele deva interpretar o texto legal em conformidade com a Constituição Federal e os princípios que formam o que Dworkin denomina de comunidade de princípios.

Não é a “liberdade” interpretativa que tornará o ato discricionário. O que indica a existência de discricionariade é a possibilidade de o julgador escolher entre vários caminhos aquele que lhe pareça, à luz de sua consciência, melhor. Não, a comunidade de princípios existe justamente para impedir a ação de escolher e dentro dela o juiz é “livre”. Assim, não parece adequada a afirmação categórica de Bedaque no sentido de que não haverá que se falar em discricionariade se o juiz estiver agindo na esfera da sua liberdade crítica, já que, nesse caso, poderá haver discricionariade, se a decisão resultar de uma escolha interpretativa diante da indeterminação dos conceitos legais.

Nesse ponto, as ideias de Dworkin para o combate à discricionariade assumem papel de suma importância, não obstante tenham sido pensadas para um sistema de *common law*, já que os movimentos de vinculação do juiz à letra da lei não foram bem sucedidos, de modo que se faz necessário pensar em meios de, ao mesmo tempo, fortalecer a decisão judicial e controlar a sua produção por meio da exigência de fundamentação adequada.

Outro exemplo bastante claro da discricionariade tolerada por boa parte da doutrina processualista pode ser retirado da obra de Cândido Rangel Dinamarco, ancorado em Liebman, para quem:

Com razão, os tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes no tocante ao grau de pormenorização a que deve chegar a motivação da sentença. Afinal, como disse Liebman e tenho a oportunidade de lembrar tantas vezes, “as formas são necessárias, mas formalismo é uma deformação”. Com essa premissa antiformalista entende-se que se toleram na sentença eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não-essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa.<sup>287</sup>

Aqui se percebe o alinhamento da jurisprudência dos tribunais superiores

---

<sup>287</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1078.

com a doutrina de Dinamarco. Sob o argumento de que excesso de motivação é uma deformação, há uma tentativa de conferir ao julgador a possibilidade de eleger os argumentos que considera fundamentais. É imperioso destacar que Dinamarco não indica quais seriam as formas para controle da eleição dos argumentos relevantes pelo magistrado no momento do julgamento. Ou seja, concede-se a ele a oportunidade de escolher quais argumentos quer enfrentar sem que sequer precise justificar as razões de entender que os não enfrentados são irrelevantes para o desate da controvérsia.

É evidente que, do ponto de vista pragmático, uma demanda conterá, eventualmente, um sem-número de argumentos irrelevantes, postos pelas partes apenas para conturbar o andamento do processo. É o caso, por exemplo, das defesas apresentadas por réus contumazes, como as companhias de telefonia celular, que mesmo em ações mais simples, propostas perante os Juizados Especiais Cíveis, apresentam defesas-padrão elencando uma série de argumentos que poderiam ser utilizados para qualquer demanda, por genéricos que são.

Muitos deles, há que se admitir, podem ser irrelevantes para a análise do caso concreto e não se quer, obviamente, que o magistrado seja punido com excesso de trabalho causado pela litigância de má-fé das partes tendo que analisar longamente cada um deles. O que se quer – e Dinamarco parece não se preocupar com isso – é que o julgador declare sobre os motivos pelos quais entende serem irrelevantes os argumentos. E isso pode ser feito em breves linhas, já que fundamentação adequada não significa, necessariamente, fundamentação alongada.

Na linha do formalismo-valorativo, Alvaro de Oliveira, já mencionado anteriormente, quando da análise do princípio da motivação, embora faça a defesa dessa obrigatoriedade imposta ao julgador, reputando-a imprescindível para possibilitar controle da atividade jurisdicional pelas partes e pela sociedade, indicando a necessidade de demonstrar a “individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerência entre esses enunciados”, ainda afirma que ela compreende “o enunciado das escolhas do juiz”.<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88-89.

A admissão de que o juiz possa escolher uma “norma” a ser aplicada no caso concreto, ainda que ele indique os caminhos que percorreu, é representativo dessa cultura de discricionariedade judicial, arraigada tanto na prática quanto na doutrina processualista e que é indefensável perante a exigência de motivação à luz da integridade e da coerência, ainda que sejam construídos argumentos teóricos que possam disfarçar o caráter arbitrário dessa conduta.

Na obra de Ernane Fidélis dos Santos também é possível verificar as consequências dessa ideia de discricionariedade no momento do julgamento. Ao referir-se à independência do juiz, alocada em seu manual como uma das garantias da Jurisdição, o referido processualista assim se posiciona:

Para assegurar a imparcialidade do juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei, embora esta procure fazer limitações ao poder de julgar, como é o caso da proibição do julgamento por equidade, previsto no art. 127 do Código, preceito que resulta inócuo, porque, se o juiz ou tribunal quiserem, a orientação do julgamento poderá contrariar a própria lei e a decisão até se acobertar pela coisa julgada, tornando-se definitiva.<sup>289</sup>

Ao afirmar que o juiz pode se sobrepor à lei e que disso depende apenas que ele “queira”, Fidélis dos Santos deixa evidente a sua opção pela discricionariedade judicial, escorando-a nas ideias de independência e de imparcialidade. É presumível que o autor tenha as melhores intenções ao defender tal posicionamento e que ele deve acreditar também nas melhores intenções do julgador, a ponto de blindá-lo completamente, inclusive, das determinações legais. Entretanto, não se afigura razoável que, em um Estado que se quer democrático e de Direito, possa haver órgãos públicos dotados de tamanha força, que possibilite a manifestação de seus desejos de obedecer ou não ao comando legal, somente porque se confia na instituição. Democracia não é para confiados e, sim, para desconfiados. E confiáveis somente são aqueles que se permitem fiscalizar. Daí a necessidade de superação das ideias discricionárias em favor da exigência de motivação adequada na decisão judicial.

A intenção aqui não é esgotar todos os exemplos de defesa doutrinária da

---

<sup>289</sup> SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

discricionariedade judicial, por impossível que isso seria, mormente porque até em manuais destinados a estudantes de graduação há a indicação explícita nesse sentido, do que decorre a conclusão de que a formação jurídica tem contribuído para o fortalecimento dessas ideias. O que se pretendeu foi pinçar exemplos significativos para demonstrar como o tema é arraigado na cultura jurídica.

### 2.3 Procedimentalismo e substancialismo

A discussão travada entre procedimentalistas e substancialistas avulta em importância quando está em jogo o entendimento a respeito da decisão judicial e a busca de uma resposta correta pelo Poder Judiciário.

Para a corrente procedimentalista, “o valor constitucional supremo é a democracia, cabendo, somente, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, a escolha dos valores substantivos”, e assim seria porque o Judiciário não teria a legitimidade democrática que é conferida aos demais poderes a partir da representação popular, de maneira que a ele caberia exclusivamente a proteção dos “direitos constitucionais que reforçam a participação nas decisões políticas”.<sup>290</sup>

É nítida na obra de Habermas a defesa do procedimentalismo, notadamente quando ele afirma que

Do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências de instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da *distribuição das possibilidades de lançar mão de diferentes tipos de argumentos* e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais; os mesmos argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo. A administração não constrói nem reconstrói

---

<sup>290</sup> FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 124.

argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição.<sup>291</sup>

Nesse sentido, o Judiciário atuaria como garantidor da “igualdade de participação no jogo democrático”, que é onde serão estabelecidos os “valores substanciais para a sociedade”.<sup>292</sup>

As críticas dirigidas à excessiva judicialização da política escoram-se justamente nessas ideias procedimentalistas, a fim de defender a inexistência de legitimidade democrática para que o Judiciário possa realizar escolhas dos valores substanciais que nortearão as suas decisões nos casos concretos.

A essas objeções, Orlando Faccini Neto responde afirmando que Habermas tratava sobre um modelo procedimentalista para países de capitalismo avançado, em que a efetivação dos direitos sociais é uma realidade, diferentemente do que ocorre no Brasil, notadamente um país de modernidade tardia, em que boa parcela da sociedade não possui “condições necessárias para a expressão política de seus interesses”, razão pela qual é que o Judiciário pode funcionar para aumentar “a capacidade de incorporação ao sistema político, de grupos marginais, destituídos de capacidade de acesso, por exemplo, ao parlamento”.<sup>293</sup>

Outro ponto de fundamental importância é o fato de a atuação contramajoritária do Judiciário poder garantir a preservação dos direitos das minorias, nos momentos em que a manifestação da maioria for no sentido de reduzir direitos de ordem fundamental. E Streck, adotando posição substancialista, resume bem o dilema entre procedimentalismo e substancialismo, dizendo que, para este, a ênfase na regra contramajoritária reforça a relação Constituição-democracia, enquanto que, para aquele, o enfraquecimento da democracia é que seria a decorrência disso, pois “uma *jurisdição constitucional* interventiva ‘coloniza’ o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do direito”<sup>294</sup>. Na defesa da sua posição, Streck assim argumenta:

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao

---

<sup>291</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 239.

<sup>292</sup> FACCINI NETO, op. cit., p. 125.

<sup>293</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>294</sup> STRECK, op. cit., p. 81.

evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implantar essa missão.<sup>295</sup>

Prosseguindo na sua crítica ao procedimentalismo habermasiano, Streck entende haver um distanciamento entre a doutrina do filósofo alemão e a realidade de países de modernidade tardia, como o Brasil, uma vez que reservar à jurisdição constitucional apenas a função de fiscalizadora do “processo de criação democrática do direito” não se coaduna com a ideia de “elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (...) e o resgate das promessas da modernidade”.<sup>296</sup>

Nesse sentido, é ainda importante destacar que Streck faz a ressalva de que assumir a posição substancialista não deve significar tolerância a decisões conforme a consciência ou ao ativismo judicial, pois estes são decorrentes de *discricionariedades interpretativas*, enquanto que o correto é a ideia de *constitucionalismo-dirigente*, ou seja, “introduzir um republicanismo que se opõe ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida”.<sup>297</sup>

Ao finalizar a sua análise a respeito do embate entre procedimentalismo e substancialismo, Streck indica o ponto de conciliação entre a hermenêutica e a teoria discursiva, para dizer que ambas são “inimigas figadais” da discricionariedade positivista em que estão baseados os decisionismos e as arbitrariedades.<sup>298</sup> E este parece ser, no âmbito desta pesquisa, o ponto-chave da discussão entre substancialistas e procedimentalistas.

Há que se concordar com Streck na adoção do paradigma substancialista, em decorrência da pouco evoluída democracia brasileira e do descumprimento continuado de direitos sociais que os países avançados já superaram há tempos. Tudo isso inviabiliza que se tenha um palco adequado para a real discussão

---

<sup>295</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 85-86.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 87-88.

<sup>298</sup> Ibidem, p. 92.

democrática, de onde se possa realizar a construção do discurso fundamentador da ordem jurídica. De outra banda, a possibilidade de a jurisdição poder atuar em sentido contramajoritário, na consecução dos fins almejados pela ordem constitucional, não pode significar liberdade para que as decisões judiciais sejam baseadas em impressões pessoais.

Esta é a grande cruzada que está sendo travada, a fim de que se atinja uma adequada aplicabilidade da tese substancialista e que o Judiciário assuma o seu papel de instrumento do direito para a transformação social baseada na ordem constitucional.

#### **2.4 A resposta correta no Direito: em busca de uma teoria da decisão judicial**

Já de início, convém que se assuma o ponto de partida teórico que justifica a ideia de resposta correta para este trabalho: a integridade decisória pregada por Ronald Dworkin, que está intimamente ligada à noção de respeito aos precedentes, na medida em que exige do julgador que conheça a história das decisões e não parta de um grau zero de sentido. Nessa linha:

Qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – que se apóie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de nossos compromissos como nação.<sup>299</sup>

Para além disso, integridade há de significar algo mais do que coerência. Diz Dworkin que se o conceito de coerência está ligado à repetição das decisões anteriores, a integridade “é, ao mesmo tempo, mais e menos”. E explica que a “integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.<sup>300</sup>

Na defesa da sua ideia de integridade, Dworkin traça um paralelo entre o convencionalismo e o pragmatismo, afirmando sua metodologia interpretativa, para dizer que:

---

<sup>299</sup> Idem, 2010, p. 175.

<sup>300</sup> DWORKIN, op. cit., p. 264.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.<sup>301</sup>

É necessário esclarecer que Dworkin atacou a ideia positivista de que o direito seria um modelo de regras, promovendo a diferenciação entre estas e os princípios<sup>302</sup>, a quem atribuiu normatividade, sem, no entanto, olvidar-se de distingui-los das diretrizes políticas, afirmando que:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (...). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>303</sup>

Disso extrai-se, então, que as políticas firmarão um objetivo a ser alcançado, seja de ordem econômica, política ou social, enquanto que os princípios, derivados de uma dimensão de moralidade, prescreverão direitos.

A discricionariedade estaria justificada, então, na teoria positivista de Hart, criticada por Dworkin, quando aquele admite que, na ausência das regras, os

<sup>301</sup> Ibidem, p. 271.

<sup>302</sup> “Para ele há uma diferença *lógica* entre estes dois conceitos, e não uma diferença de grau, de generalidade ou abstração. Isso é de extrema importância: não se procura construir – em Dworkin – uma diferença entre regras e princípios a partir de uma *generalização* abstrata destes em relação àquelas; mas sim há uma tentativa de se determinar, por meio de um processo de *formalização*, a diferença entre regras e princípios.

Nessa medida, Dworkin se refere a esta diferença como uma diferença ‘qualitativa’. Tanto as regras quanto os princípios são tratados como ‘conjuntos de padrões’ que apontam para ‘decisões particulares acerca da decisão jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da *orientação* que oferecem’. As regras são aplicadas à maneira do *tudo-ou-nada*, ou seja, a determinação de uma regra implica na exclusão das outras, quanto a sua validade, para reger o caso controverso. Já os princípios possuem uma dimensão de *peso* ou *importância*: a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade. Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma *comum-união*” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177-178).

<sup>303</sup> DWORKIN, op. cit., p. 36.

tribunais teriam função criativa. Dworkin combate essa ideia, pois “uma análise da história institucional daquela sociedade pode indicar princípios jurídicos capazes de fornecer soluções para o caso *sub judice*”<sup>304</sup> e o faz baseado nesse modelo bipartido de normas: regras e princípios.

Admitindo a vagueza das leis e das regras do direito costumeiro e falando especificamente do *common law*<sup>305</sup>, Dworkin transita entre o campo do ser e do dever-ser do Direito. Ao propor um ideal, afirma que “os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito”. Em seguida, admite a existência de “problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”, para dizer que “os juízes devem às vezes criar um novo direito”, “porém, devem agir como se fossem delegados do poder legislativo”. Essa delegação implica a necessidade de que os juízes subordinem-se a uma “compreensão anterior do que os legisladores fazem o tempo todo”, ou seja, que, eventualmente, usem argumentos de política, na hipótese de não haver argumentos de princípio.<sup>306</sup>

De todo modo, Dworkin conclui sua exposição retornando ao campo do dever-ser para dizer que, mesmo nos casos difíceis, as decisões judiciais civis “são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”<sup>307</sup>, ou seja, o *standard* “deverá ser observado pelo intérprete/aplicador como uma exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão da moral” e não “como uma permissão para a realização ou atendimento de uma situação econômica, política ou social julgada desejável”<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 45, abr-jun. 2009, p. 104.

<sup>305</sup> Muito embora Dworkin trabalhe com um modelo para o sistema do *common law*, é possível buscar fundamentos nas suas ideias para o *civil law* brasileiro, notadamente quando se está a tratar de conexões tão profundas entre os sistemas, consubstanciadas no sistema de precedentes. Aqui, cabe menção ao defendido por Lênio Streck: “(...) cabe agregar que a ideia de direito como prática legal proposta por Dworkin – e aqui retrabalhada – não é incompatível com o nosso sistema jurídico (*civil law*). Nem mesmo a *common law* reina tranquila, sofrendo cada vez mais a concorrência e os influxos da legislação *strico sensu* (*statutes*). Na medida em que o texto é um evento, o direito como prática legal ou como integridade não significa apenas precedentes analisados integrativamente. Repita-se: como texto é evento, também a doutrina deve ser analisada à luz da integridade, isto é, se no plano das decisões judiciais não se pode decidir de qualquer modo, também na doutrina não se pode dizer ‘qualquer coisa de qualquer coisa’. A coerência e a integridade são requisitos institucionais da prática jurídica” (STRECK, op. cit., p. 353-354.).

<sup>306</sup> DWORKIN, op. cit., p. 128-131.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>308</sup> BOTELHO, Marcos Cesar. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Intertemas*, vol 13, 2008.

Nessa linha, Dworkin impõe limites ao poder jurisdicional, vinculando a busca da resposta correta a, basicamente, três metáforas: a do juiz Hércules, a do romance em cadeia e a da comunidade de princípios.

Dentro da ideia de romance em cadeia, Dworkin entende que o juiz desempenha função dupla: autor do romance e “crítico literário que destrinca as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo”.<sup>309</sup> Assim:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>310</sup>

Na esteira de um juiz apto a colaborar na construção desse romance em cadeia, Dworkin resgata o conceito de Hércules, construído na obra “Levando os direitos a sério”, com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”<sup>311</sup>, um mito, portanto.

Na construção do seu mito, Dworkin sugere que Hércules, diante de uma questão envolvendo matéria constitucional, deve elaborar uma teoria constitucional, “uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo”, “na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo”.<sup>312</sup>

Na hipótese de Hércules estar diante da análise de um caso que implique na observância de uma determinada lei, Dworkin diz que ele deverá buscar a resposta à questão sobre se uma lei poderia alterar direitos jurídicos na sua teoria constitucional, que “pode determinar, por exemplo, que uma assembleia democraticamente eleita é órgão apropriado para a tomada de decisões coletivas sobre a conduta que se pode considerar criminosa”. Mas Hércules deve ir além e questionar “qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz”,

---

<sup>309</sup> DWORKIN, op. cit., p. 275.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>311</sup> DWORKIN, op. cit., p. 165.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 165-168.

justamente porque a teoria constitucional, por meio dos direitos individuais, impõe ao legislador algumas restrições e “um dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público”.<sup>313</sup>

Em um terceiro momento, Dworkin sugere que Hércules esteja diante de um caso difícil não previsto em qualquer lei, obrigando-o a analisar os precedentes para encontrar a solução. Assim, Dworkin indica que Hércules pode ficar tentado a acreditar, em um primeiro momento, que os juízes, ao decidirem casos particulares, “estabelecem regras gerais que de algum modo se propõem a beneficiar a comunidade”, do que decorreria a conclusão de que, em casos posteriores, os juízes deveriam aplicar aquelas regras firmadas nas decisões judiciais e “Hércules poderia então decidir estes casos difíceis de direito costumeiro, considerando as decisões anteriores como leis e usando as técnicas que elaborou para a interpretação das leis”.<sup>314</sup>

No entanto, Dworkin alerta que essa teoria pode trazer grandes dificuldades, pois nem sempre é possível extrair das decisões anteriores “quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso”. Se encontrar esse arranjo canônico de palavras, Hércules deverá considerar, ainda, no momento da interpretação, a possibilidade de utilização apenas de argumentos de princípio, já que, dessa maneira, ele está aceitando a tese dos direitos, que “sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas”. Essa interpretação difere daquela feita por Hércules quando diante de uma lei, pois lá ele lança mão de “argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo”. Quando interpreta uma lei, a argumentação desenvolvida por Hércules continua sendo um argumento de princípio e, caso seja considerada essa decisão um precedente, é dessa forma que deverá ser encarada, pois os argumentos de política eventualmente utilizados o são para determinar que direitos já foram criados pelo legislativo.<sup>315</sup>

Nesse sentido, o que justificaria a prática do precedente seria a doutrina da equidade de Hércules que:

---

<sup>313</sup> Ibidem, p. 168-171.

<sup>314</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 173.

Extrairá algumas outras conclusões sobre as suas próprias responsabilidades quando da decisão dos casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral.<sup>316</sup>

A tarefa hercúlea será “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro”. Na busca dessa justificação<sup>317</sup>, Dworkin orienta Hércules, um mito de juiz norte-americano, a promover uma ordenação vertical, que “é fornecida por diferentes estratos de autoridade” e uma ordenação horizontal, que indica que “os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem também ser consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível”.<sup>318</sup>

Retomando o mito, na obra “O império do direito”, Dworkin faz um ataque à compartimentalização do direito, para dizer que “o direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito”. Ao dizer isso, entretanto, recorda-se que o direito é um fenômeno interpretativo e que essa compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação poderia ignorar. Assim, atribui a Hércules a missão de procurar uma “interpretação construtiva da compartimentalização”.<sup>319</sup>

Assim, verifica-se, a partir da exigência dessa atividade interpretativa, que a ideia de uma comunidade de princípios coloca-se como a “condição de

<sup>316</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>317</sup> “*Pretende, por tanto, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas. En este sentido la teoría será un auxilio indispensable para el que toma decisiones públicas. Para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación. El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores, sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales. Desde esta perspectiva su intención es la construcción de modelos metodológicos que permiten solucionar problemas. Junto al aspecto descriptivo, Dworkin coloca el aspecto normativo, que es el que más interesa al profesional y al juez. La teoría orienta la práctica*” (CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Revista de Filosofía del Derecho DOXA*, n. 12, 1992, p. 158).

<sup>318</sup> DWORKIN, op. cit., p. 182-184.

<sup>319</sup> DWORKIN, op. cit., p. 300-304.

possibilidade para as metáforas do Juiz Hércules e do romance em cadeia<sup>320</sup>. A existência de uma comunidade de princípios pressupõe “um ponto de vista mais generoso e abrangente” do que uma comunidade de regras, pois as pessoas “aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político”, que geram direitos e deveres decorrentes não necessariamente de uma aprovação integral particular, mas “do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua”<sup>321</sup>.

Além disso, é necessário frisar que Dworkin pretende inaugurar uma via intermediária entre jusnaturalismo e positivismo, não se entregando aos seus respectivos reducionismos. Para ele, os princípios são dinâmicos e mudam com a sociedade, do que se infere a diferença com os pensadores jusnaturalistas, que pregavam a existência de princípios universais e imutáveis. Da mesma maneira, não crê na discricionariedade permitida pelas teorias positivistas.<sup>322</sup>

Essas ideias de superação da discricionariedade positivista, com a proposta de um modelo construtivista do direito, têm por finalidade estabelecer padrões decisórios vinculantes ao julgador, para possibilitar que se possa elaborar uma crítica dos atos judiciais e, de consequência, possa ser operacionalizado um controle efetivo do desempenho dessa função estatal.<sup>323</sup>

Para além disso, a resposta correta deve ser entendida a partir da própria prática jurídica em que ela é buscada, nesse sentido:

(...) pode-se dizer que mesmo quando não há um direito expresso, previsto em regras, os juízes devem identificar a melhor interpretação, a resposta correta para o caso em tela. Como acentuado, a resposta correta não é fruto de algum padrão imutável ou externo à prática jurídica. Ao contrário, encontra-se na própria prática. É a história de uma comunidade e a moralidade substantiva construída e afirmada ao longo do tempo que fornecem padrões obrigatórios e coercitivos sobre a atividade dos juízes. Acrescente-se a isso a exigência de justiça decorrente do necessário respeito aos direitos enquanto trunfos políticos fundados na dignidade humana e na igualdade de consideração e respeito. Nessa perspectiva, mesmo

<sup>320</sup> PEDRON, op. cit., p. 106.

<sup>321</sup> DWORKIN, op. cit., p. 254-255.

<sup>322</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Por que es importante Dworkin?. *Revista de Filosofía del Derecho DOXA*, n. 2, 1984, p. 162.

<sup>323</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. Decisão judicial e resposta correta: o problema da objetividade na interpretação constitucional. *Revista Virtual de Filosofía Jurídica e Teoría Constitucional*, Núm. 2, 2008, p. 10.

nos casos difíceis, as partes têm direito a uma decisão judicial que ofereça a melhor interpretação possível das normas e princípios em jogo.<sup>324</sup>

O modelo construtivista, principalmente quando visto sob o enfoque da necessidade de fundamentação completa, com exposição, inclusive, dos influxos morais do julgador, torna a prática decisória mais honesta. Lucas Borges de Carvalho ao alinhar-se à ideia construtivista proposta por Dworkin, exemplifica o posicionamento a partir de algumas das grandes questões da agenda política contemporânea: constitucionalidade de cotas para negros, ocupações de terras para fins de reforma agrária, aborto de feto anencéfalo, foro privilegiado para políticos após o cumprimento dos mandatos, pagamento de contribuição previdenciária por aposentados e pensionistas. Para ele, então, um “positivista extremo” pode elencar as várias maneiras de interpretar os casos, sem, no entanto, se posicionar. Por outro lado, um pós-positivista deve expor “de forma transparente as concepções morais e políticas de fundo que sustentam seu argumento”, além disso, “não se esquivaria de diferenciar o certo do errado, nem encobriria sua decisão em categorias semânticas moralmente neutras”.<sup>325</sup> De acordo com o autor:

Acatar a tese da resposta correta nada mais é do que reconhecer o que, de fato, e efetivamente, é a prática constitucional. O ceticismo positivista fornece uma representação equivocada, que muito confunde e obscurece os debates jurídicos. Rechaçar esse modelo, portanto, implica em mudar o foco dos estudos e pesquisas na seara do direito, vendo os intérpretes como sujeitos responsáveis, capazes de discutir abertamente as questões constitucionais, oferecer respostas e posicionamentos claros e, finalmente, apontar os erros e os equívocos de interpretações e decisões judiciais.<sup>326</sup>

Pelo que se vê, a integridade do direito é o marco fundamental da ideia de resposta correta. A partir dela, é possível assumir como factível na realidade brasileira a posição de Lênio Streck e a sua crítica à discricionariedade judicial. Embora seja possível verificar que Streck, em determinado momento, afasta-se de Dworkin, notadamente quando busca um modelo de resposta correta adequado ao direito brasileiro, o ponto de partida para a luta que trava contra a discricionariedade é justamente o direito como integridade. Nesse sentido:

---

<sup>324</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>325</sup> Ibidem, p. 14-15.

<sup>326</sup> Ibidem, p.15.

Correta, pois, a advertência de Dworkin, ao lembrar que devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, *nenhum argumento é melhor do que o outro e de que o raciocínio jurídico é uma perda de tempo*. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a ideia inerente ao conceito de direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam*. (destaques no original)<sup>327</sup>

O encontro com a resposta correta passa, necessariamente, pela admissão de que cabe ao intérprete atribuir sentido ao texto, mas sem que essa atividade hermenêutica implique em autorização para que o ato seja arbitrário, já que texto e norma não estão separados e aqui os ideais de Gadamer são evidenciados por Streck.<sup>328</sup>

Na sua crítica, agora direcionando-a ao direito processual civil, Streck resgata a posição de Ernane Fidélis dos Santos, já citado anteriormente neste trabalho, que defende a completa independência do juiz, a fim de assegurar a imparcialidade. Além disso, menciona a obra de Rui Portanova, que segue na mesma linha, indicando que nada pode restringir a liberdade do juiz decidir como quiser e que a experiência de cada um, depois de tantos anos de trabalho, oportuniza que o juiz possa moldar seu sentimento aos fatos e ao ordenamento, de maneira que primeiro ele atinja a solução do problema e depois busque a lei para fundamentá-la. Ainda, identifica em quatro grandes influenciadores da doutrina processualista brasileira, Chiovenda, Carnelutti, Couture e Liebman, aspectos de defesa discricionária da atividade jurisdicional. O primeiro por defender a ideia de que a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser; o segundo por indicar que jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; o terceiro por afirmar que o problema da justiça equivale ao problema da escolha do juiz e, por fim, o último por colocar o juiz como intérprete qualificado da lei, livre de quaisquer vínculos, no exercício da jurisdição.<sup>329</sup>

A influência desses ideais claramente positivistas de justificação da

---

<sup>327</sup> STRECK, op. cit., p. 266.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 267.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 270-271.

discricionariedade judicial é nítida na escola processual brasileira, notadamente a partir da análise das obras de quem defende a concepção instrumentalista do processo e os seus escopos metajurídicos. Percebe-se aí uma nítida confiança no protagonismo judicial e Streck entende ser o constitucionalismo o grande óbice para a discricionariedade que advém desse tipo de posição.<sup>330</sup>

Nessa linha, Streck combate os métodos interpretativos, justificando a sua ideia no fato de inexistir um *metamétodo*, que possa servir como fundamento último do processo interpretativo, de maneira que “o uso dos métodos é sempre arbitrário, propiciando interpretações *ad hoc*, arbitrárias”. Postula, então, pelo rompimento paradigmático que propõe à hermenêutica jurídica deixar de ser uma questão de método e passar a ser filosofia, de modo que a ferramenta deixa de ser decisiva, “porque na linguagem existe algo muito além do enunciado, isto é, o enunciado não carrega em si mesmo o sentido, que viria a ser ‘desacoplado’ pelo intérprete”.<sup>331</sup>

Ao analisar os equívocos na cisão entre casos fáceis e casos difíceis, Streck recorre às fórmulas de distinção dos conceitos de regras e princípios utilizadas pelas teorias da argumentação e promove uma defesa de Dworkin, notadamente quanto à utilização indevida do critério de distinção do “tudo ou nada” com relação às regras, para dizer que é necessário encarar as ideias do jusfilósofo norte-americano a partir do contexto da crítica que ele buscou fazer ao modelo de regras de Hart, já que ele não faz a cisão entre interpretar e aplicar e não admite dedutivismos. Assim:

Desse modo, antes de sustentar uma distinção “lógica” entre regras e princípios (em que regra se definiria no “tudo ou nada”) com base em Dworkin, é necessário ter presente que a tese dworkiniana deve ser lida nessa superação da discricionariedade positivista justamente pelos princípios. Por isso, a diferença entre regra e princípio. Regras devem ser lidas a partir de Dworkin como um contraponto ao dedutivismo, subsunção e, principalmente, a qualquer pressuposto da filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto).<sup>332</sup>

E prossegue encontrando a influência de Gadamer na posição assumida por Dworkin, afirmando que as aproximações são múltiplas: “a tese da ‘comunidade de princípios’ (é nisso que o direito é visto como para ‘um além da regra’) deve ser

---

<sup>330</sup> Ibidem, p. 271-278.

<sup>331</sup> Ibidem, p. 284-285.

<sup>332</sup> Ibidem, p. 306.

levada em conta na assim denominada ‘contraposição’ entre regra e princípio<sup>333</sup>.

Nessa linha, sustenta Streck que a correção da resposta está diretamente vinculada ao que a Constituição estatui. É correta a resposta adequada à Constituição, pois:

(...) todo ato interpretativo (portanto, aplicativo) é ato de jurisdição constitucional. Mesmo quando o problema parece estar resolvido mediante a aplicação da regra, deve o intérprete – e se trata de um dever constitucional que tem a sua dimensão ditada pelo nível de seus pré-juízos legítimos (ou ilegítimos) – *verificar se o princípio que subjaz à regra* não aponta em outra direção (quando não se está diante de simples análise paramétrica, em que a regra afronta princípios ou preceitos constitucionais).<sup>334</sup>

Na exemplificação da sua posição, Streck utiliza a famosa questão posta por Recaséns Siches, a respeito de uma hipotética regra que proibisse o trânsito de cães no parque, em que “a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional”, de maneira que se considere inconstitucional a proibição de circulação de animais que não oferecem risco aos frequentadores do parque, sem que isso implique em um salvo-conduto para outros animais que pudessem causar perigo (o urso, no exemplo de Siches). Para Streck, a resposta correta não exsurgerà da subjetividade do intérprete e, sim, de uma tradição, no sentido hermenêutico da palavra, pois “a interpretação se faz *ex parte principio* (constitucional), e não *ex parte principe* (aqui entendido como o sujeito solipsista)”.<sup>335</sup>

Os princípios, então, “funcionarão como uma blindagem contra as arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete”. Isso o levará forçosamente a um direito com coerência e integridade, dispostas que estão em um círculo, “como no círculo hermenêutico, o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. Essa ideia, inclusive, diante da máxima força dos princípios, pode levar à consequência de a integridade se sobrepor à coerência, possibilitando que haja a mudança de entendimentos já tradicionais quando se perceber o equívoco deles.<sup>336</sup> Nesse ponto, as lições de Streck sobre o papel da

<sup>333</sup> Ibidem, p. 307.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 315.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 316-317.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 317.

linguagem são fundamentais:

O direito como integridade *coloca limites à subjetividade do juiz*; ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) diante de um objeto, como se estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido.<sup>337</sup>

Diante da fixação do ponto de que a linguagem não é uma terceira coisa, Streck passa a buscar as respostas às indagações relativas à indeterminabilidade do direito: “é possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade de a legislação prever todas as hipóteses de aplicação”; “como superar as práticas subsuntivas?”; “como superar o dedutivismo?”. Além disso, questiona se os julgadores é que devem preencher os espaços indeterminados do direito e se a colisão de normas deve ser resolvida a partir de ponderações<sup>338</sup>.

Para responder a esses questionamentos, Streck enfrenta o procedimentalismo habermasiano e afirma que, embora Habermas refute a ideia de que haja mais do que uma resposta correta, por basear o seu entendimento no fato de que a correção da resposta depende da estrutura do processo argumentativo e não do seu conteúdo, ele, com isso, queda por admitir a possibilidade de que haja mais de uma resposta correta, pois “alterando a estrutura prévia de validade da norma e o processo argumentativo, a resposta poderá ser outra”, segundo Streck.<sup>339</sup> Desse modo, embora reconheça o seu valor teórico, o professor gaúcho entende serem as teorias procedimentais insuficientes para as demandas paradigmáticas do direito no Brasil, um país que classifica como de modernidade tardia<sup>340</sup>.

Diante desse quadro, é fundamental, para que se encontre a resposta correta, a análise do conteúdo do que se está verificando, ou seja, “cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição)”, de maneira que uma interpretação será constitucional e a outra inconstitucional. Streck faz a ressalva de que o que indica como constitucional é a partir do conceito de Estado Democrático de Direito, não havendo qualquer relevância a “correção” da

---

<sup>337</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 327.

<sup>339</sup> Ibidem, p. 328-329.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 335.

decisão em Estados totalitários.<sup>341</sup> Assim:

A resposta correta é, pois, *applicatio* (superada, portanto, a *cisão* – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete.<sup>342</sup>

Streck vincula a correção da resposta à Constituição e indica uma diferença da sua posição com a de Dworkin. Enquanto o jusfilósofo norte-americano busca fora da ordem jurídica positiva os argumentos principiológicos para resolver a problemática da indeterminação das regras jurídicas, Streck reconhece que o fato de o Brasil assumir um modelo de *civil law* e possuir uma Constituição fortemente compromissória e social, oportuniza ao intérprete que encontre nela mesma o discurso moral-principiológico, a partir dos “princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas”, que “elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral”.<sup>343</sup>

Ao que parece, para o intérprete do ordenamento jurídico brasileiro, afigura-se muito mais fácil a busca da resposta correta, já que ele sente-se desobrigado de descortinar elementos externos ao direito que possam atuar como fatores de correção para seus impasses interpretativos. Basta que olhe para a Constituição Federal “como grande pacto social de caráter fundamental e institucional, que sintetiza esse espaço de convergência entre legitimidade democrática e justiça material”<sup>344</sup>.

Na explicação sobre a construção da metáfora da resposta correta, associada à metáfora dworkiniana do juiz Hércules, Streck usa Hobbes e a sua metáfora do contrato social:

Penso que, de algum modo, é necessário enfrentarmos o “estado de natureza hermenêutico” em que se transformou o sistema jurídico. A

---

<sup>341</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 355.

<sup>343</sup> Ibidem, p. 360.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 361.

“liberdade” na interpretação dos textos jurídicos proporcionada pelo império das correntes (teses, teorias) ainda arraigadas/prisioneiras do esquema sujeito-objeto tem gerado esse “estado de natureza interpretativo”, representado por uma “guerra de todos os intérpretes contra todos os intérpretes”, como que repristinando a fragmentação detectada tão bem por Hobbes. Cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido. Cada intérprete reina nos seus “domínios de sentido”, com os seus próprios métodos, metáforas, metonímias, justificativas etc. Os sentidos “lhe pertencem”, como se estes estivessem à sua disposição, em uma espécie de reedição da “relação de propriedade” (neo)feudal. Nessa “guerra” entre os intérpretes – afinal, cada um impera solipsisticamente nos seus “domínios de sentido” – reside a morte do próprio sistema jurídico.<sup>345</sup>

Ao dizer isso, Streck defende que, no sistema “não avançado” em que está inserido o Brasil, a tese da resposta correta não é uma possibilidade, mas sim uma necessidade. Todavia, ressalta que a desejada ruptura com esse estado de natureza hermenêutico não pode ser um “abrir mão do poder de atribuir sentidos em favor de uma espécie de Leviatã hermenêutico” e, na exemplificação, menciona as súmulas vinculantes<sup>346</sup>, que atribuem ao STF o poder de editar textos que pudessem prever todas as hipóteses de aplicação.<sup>347</sup>

Para além da correção da resposta sob o enfoque do direito material, há que se indicar a necessidade de investigação da correção sob o aspecto formal, de maneira que se entenda correta a resposta dada que esteja de acordo com a Constituição a partir dessas duas visões, ou seja, as garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal devem ser efetivamente respeitadas.

Nessa linha, Orlando Faccini Neto, ancorado nas doutrinas de Hannah Arendt e Owen Fiss, ressalta que quando o julgamento de casos dá lugar ao julgamento de teses, “tem-se sintoma inequívoco da suplantação da atividade judicial pela burocracia”, o que queda por retirar a responsabilidade do juiz para com o caso concreto<sup>348</sup>. Dessa maneira, o julgador deve ocupar-se de buscar a resposta correta materialmente falando, a partir do respeito às garantias

---

<sup>345</sup> Ibidem, p. 388.

<sup>346</sup> “Sendo mais claro, as súmulas vinculantes – do modo como são compreendidas (erroneamente) pela dogmática jurídica (senso comum teórico) – encarnam essa instância controladora de sentidos, metafisicamente, isto é, por meio delas acredita-se que é possível lidar com ‘conceitos sem as coisas’, sem as peculiaridades dos casos concretos. Refira-se que o inusitado nisso tudo é que, paradoxalmente, o império das múltiplas respostas se instaurou, exatamente, a partir de uma análise de textos em abstrato!” (Ibidem, p. 391.).

<sup>347</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>348</sup> FACCINI NETO, op. cit., p. 175.

processuais, mas deve ir além e comprometer-se com a sua efetivação, compreendendo a sua dimensão pública, “tendente inclusive à alteração e mudança nalgumas organizações que compõem a burocracia estatal”<sup>349</sup>.

Sob outro aspecto de natureza processual, Orlando Faccini Neto indica a necessidade de que haja o atendimento do comando constitucional que determina a motivação da decisão. Para tanto, parte da ideia de circularidade hermenêutica proposta por Streck, que “implica uma dialética constante entre texto (que não deve estar assujeitado ao intérprete) e a atribuição de sentido a esse texto”. Além disso, de forma que se coaduna perfeitamente com o que se defende neste trabalho, busca nos ensinamentos de Ovídio Baptista a base teórica para defender a obrigatoriedade de fundamentação completa, de maneira que o juiz:

Ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes, a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente.<sup>350</sup>

Mais adiante, Faccini Neto analisa a questão da resposta correta em tempo razoável, admitindo que a demora na prestação jurisdicional pode causar ineficácia do provimento jurisdicional, o que implicaria na perda do sentido de se encontrar uma resposta correta, ponto com o que se concorda. Além disso, Faccini faz uma análise mais aprofundada, inclusive com exemplificação, do sistema processual penal, o que aqui não se discute. Entretanto, no desenvolvimento da sua argumentação, o autor navega pelas críticas ao excesso de recursos no sistema processual como um todo e atribui a eles boa parte da responsabilidade pelo excesso de tempo na solução da demanda.<sup>351</sup>

Este não é o tema aqui investigado, entretanto, por honestidade científica, até mesmo para que não haja alegação de discrepância com o marco teórico, não se assume como verdade absoluta a afirmação de que o sistema recursal seja um problema para o sistema processual. Ainda que se possa dizer que a legislação prevê um número grande de recursos, o fato é que eles ainda encontram fundamento existencial na qualidade das decisões judiciais. Enquanto persistirem

---

<sup>349</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>350</sup> Idem, 2008, p. 151.

<sup>351</sup> FACCINI NETO, op. cit., p. 184-189.

no sistema dispositivos legais e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que premiem a discricionariedade judicial, não se poderá tratar a fundo a respeito da questão da quantidade de recursos. Na quadra atual, eles funcionam como geradores de anticorpos, ou seja, inserem-se no sistema para, a partir da possibilidade de reanálise das decisões judiciais, gerar uma proteção do sistema contra os problemas que ele mesmo cria. Como abandonar as vacinas geradoras de anticorpos se o sistema ainda carece de imunização e correção?

Talvez a discussão sobre o excessivo número de recursos tenha maior pertinência quando se alcançar um nível mais elevado na qualidade das decisões judiciais, em que não se tenha que discutir, como se viu nas vésperas da sanção do Novo Código de Processo Civil, a respeito da necessidade de fundamentação completa das decisões judiciais, com as três principais associações de magistrados do país pedindo o veto do disposto no artigo 489, assumindo clara posição pela discricionariedade.<sup>352</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier, discordando do que aqui se entende como resposta correta, aceita a existência de várias interpretações possíveis para um texto legal, entretanto, confia no precedente como meio de orientar e determinar decisões posteriores, de maneira que se promova a isonomia com a aplicação do mesmo entendimento para casos que se assemelhem e que comportem aquela posição.<sup>353</sup>

É certo que a referida autora defende a possibilidade de criação do direito pelo julgador, com o que Dworkin, por exemplo, não concorda. Além disso, Teresa Wambier identifica a resposta correta não como “a única que existia previamente”, mas, sim, que se torna única a partir da sua criação e que passará, então, a ser “tida como correta para os casos subsequentes”.<sup>354</sup>

Como se vê, a ideia de correção aqui passa pela autoridade de quem proferiu a decisão, diversa, portanto, da ideia de correção da resposta sugerida por Dworkin e por Streck. De todo modo, ainda que não se concorde com a posição

---

<sup>352</sup> CONJUR. *Juizes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acessado em: 12-04-2015.

<sup>353</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Há uma só decisão correta?*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI201550,71043-Ha+uma+so+decisao+correta>. Acessado em: 01-04-2015.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

exposta, percebe-se na posição da festejada processualista uma preocupação que, embora ainda incipiente nesse ramo do direito, é de fundamental importância para que se compreenda e bem execute a função jurisdicional na atual quadra histórica.

Muito embora as teses de Dworkin e Streck recebam críticas contundentes, a maioria delas baseadas no positivismo, é forçoso que se reconheça que a ideia de que haja uma resposta correta, que seja fruto de uma hermenêutica constitucional, resultante de uma ideia construtivista do direito é o modelo mais adequado para que a discricionariedade judicial seja retirada de cena. Tudo isso porque a ideia positivista de Hart e Kelsen, principalmente, no sentido de que ao julgador é conferida função criativa não parece se adequar ao ideal de um Estado Democrático de Direito<sup>355</sup>, pois não encontra êxito quem escora-se na democracia para justificar a aplicação retroativa de um direito criado pelo juiz no momento da sua decisão para reger uma situação fática ocorrida no passado.

Na superação da questão da discricionariedade, admite-se o modelo de Dworkin encontra sérias limitações, pois assumir a posição de que não se pode tolerar a convivência de várias respostas ao mesmo problema e indicar que deva haver uma só correta é um ato de absoluta coragem frente a um mundo de juristas criados sob a égide do positivismo. Dworkin supera a ideia de que o direito enquanto norma seja de caráter apenas prescritivo e propõe também um aspecto descritivo, que é o que idealiza a partir do seu Hércules metafórico.

Isso implica – e essa é a grande batalha que interessa aqui – em uma renúncia à discricionariedade judicial, que é admitida pelo positivismo.

Transpondo-se a questão para a problemática do Estado brasileiro, por vezes, poderá haver quem questione sobre as promessas constitucionais não cumpridas, seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, o que demandaria uma função criativa do julgador, notadamente frente às novas necessidades sociais, que evoluem mais rapidamente do que o tratamento legislativo que a elas se dá. Entretanto, a ideia de resposta correta como sendo aquela constitucionalmente adequada, pregada por Streck, pode dar o norte necessário ao julgador, de modo

---

<sup>355</sup> “Por último, cabría destacar que frente a la tesis de la función creadora de derecho del juez – función política por excelencia – Dworkin mantiene que la función judicial es dar el triunfo al derecho más fuerte y que por tanto deben garantizar derechos preestablecidos y no crearlos. Esta tesis garantizadora es más coherente con el sistema de legitimación del estado de derecho que no permite las leyes retroactivas ni tolera poderes políticos paralelos a los órganos representativos” (CALSAMIGLIA, op. cit., p. 163).

que ele não se sinta livre para atuar politicamente, criando direitos que deveriam ser instituídos pelo competente processo legislativo, com a adequada discussão democrática.

Pode parecer fria a afirmativa, entretanto, a tutela jurisdicional mais deseduca do que educa, em uma perspectiva democrática. Vale dizer, obter as concessões de direitos por intermédio do Judiciário subtrai da sociedade a discussão política e as lutas entre os grupos de interesse e tolhe a discussão democrática ampla. Se a discussão é travada no processo judicial, ainda que se

prevejam meios de participação de *amicus curiae*, por exemplo, há uma grande limitação do debate e o julgador, de regra, terá o foco voltado ao caso concreto.

Dessa maneira, estabelecer limites à discricionariedade, propondo-se a inexistência da função criativa do julgador afigura-se a alternativa mais democrática, pois é a que possibilita que as mobilizações sociais direcionem seu foco para as facetas elegíveis do poder estatal: legislativo e executivo.

## 3 A CORRETA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

### 3.1 Precedentes como fatores de otimização do sistema processual: qualidade das decisões x quantidade de litígios

Além do fato de o CPC/73 ter-se tornado uma colcha de retalhos, a partir das diversas reformas a que foi submetido, o que motivou o legislador brasileiro a elaborar um novo Código de Processo Civil foi a quantidade de litígios em trâmite no Poder Judiciário brasileiro.

Atualmente, o Poder Judiciário brasileiro vive uma crise de estrutura. São mais de 95 milhões de ações judiciais em trâmite, com taxa anual média de crescimento de 3,4%<sup>356</sup>. A ampliação do número de demandas não importou na ampliação do Poder Judiciário em mesma medida, do que decorreu um excesso de trabalho sobre cada um dos 16.429<sup>357</sup> magistrados que compõem as mais diversas facetas e instâncias desse poder estatal.

O número de demandas em trâmite indica que o Brasil, com cerca de 200 milhões de habitantes, possui uma cultura de litigância demasiadamente excessiva. É evidente que o fator sociológico não será alterado tão somente pela edição de uma nova lei, entretanto, não se pode diminuir a importância da tomada de posição do legislador com vistas à racionalização dos trabalhos do Judiciário.

Desse modo, o NCPC propõe a integração da jurisdição com os demais modelos de solução dos conflitos, notadamente a arbitragem, a mediação e a conciliação. É evidente, aqui, a influência do direito norte-americano, a partir do modelo *multi-door*, já que a nova legislação prevê a criação de centros de solução consensual dos conflitos, no seu artigo 165. É uma associação do serviço jurisdicional com os modelos alternativos de solução dos conflitos.

Usa-se a cultura da litigiosidade excessiva como ponto de partida, direcionando-se o jurisdicionado para a busca de uma solução consensual para o conflito de interesses que seja gerida pelo próprio Judiciário, o que, talvez, “seja uma

---

<sup>356</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números: 2014*, ano-base 2013. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf). Acessado em: 06/01/2015, p. 34.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 33.

necessidade, na presente época em que tudo é judicializado, no sentido de busca por uma adequação”<sup>358</sup>.

Já a segunda grande área de inovação diz respeito à forma da construção da decisão judicial. Impõe-se ao magistrado a necessidade de ouvir as partes sobre tudo o quanto ocorra no processo, proibindo-se a prolação de *decisões-surpresa*, ou seja, aquelas baseadas em fundamentos sobre os quais as partes não tiveram oportunidade de manifestar-se, ainda que sejam de ordem pública, reconhecíveis de ofício. Além disso, criam-se mecanismos para a racionalização do julgamento de ações ditas repetitivas, de maneira que se busque a uniformidade de tratamento e, por fim, criam-se regras específicas que orientarão os julgadores no momento da elaboração da decisão judicial.

Essas mudanças, sem dúvida, implicam na necessidade de uma nova tomada de posição no ensino jurídico, uma vez que não se poderá mais tolerar um ensino voltado tão somente às questões judicializadas, como se o método da jurisdição como forma de solução de conflitos devesse ser o preponderante. Para além disso, uma vez que se admita judicializado o conflito, como forma de última solução, o ensino jurídico deverá preocupar-se com a qualidade da prestação jurisdicional, de maneira que o futuro operador do direito compreenda que o Poder Judiciário é legitimado democraticamente a partir da qualidade das suas decisões, que não podem ser toleradas quando forem discricionárias e arbitrárias. Nesse sentido, ganha especial relevo o princípio do contraditório, com a imposição de diálogo efetivo entre aqueles que participam do jogo processual.

Assim, a previsão de uma normatização dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro é demonstração clara da preocupação com essa cultura da litigiosidade e a forma como a construção da decisão judicial a tem influenciado.

No primeiro capítulo já foi examinada a questão relativa aos aspectos técnicos de um adequado sistema de precedentes. No segundo, o objeto de análise foi a forma de construção da decisão judicial. O que se pretende neste tópico é um cotejo entre esses dois temas, a fim de discutir se, de fato, um sistema de precedentes corretamente construído pode contribuir para a administração da Justiça no país.

---

<sup>358</sup> THEODORO JUNIOR e outros, op. cit., p. 220.

O que parece ser ponto incontroverso é que grande parte da litigiosidade envolve o Estado em todos os seus níveis de atuação (União, estados federados e municípios), incluída aí a administração pública indireta.

Na análise realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, com base nos processos iniciados entre o dia 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011, nas Justiças Federal, Estaduais e do Trabalho, observou-se que em 12,14% deles havia participação do setor público federal; 10,88% das ações envolviam o setor bancário; 6,88% o setor público municipal; 3,75% o setor público estadual<sup>359</sup>.

Isso quer dizer que a litigância excessiva decorre diretamente da conduta do poder público, que, dividido em três setores fundamentais, apareceu dentre os quatro setores de onde advém o maior número de ações nas justiças federal, estaduais e do trabalho.

Desse modo, é forçoso acreditar que qualquer iniciativa no sentido de redução do número de demandas deve passar, necessariamente, pela reprogramação da conduta do próprio poder público quando se achar diante de um conflito de interesses. Mas este não é o objeto dessa pesquisa.

Há outros fatores que influenciam diretamente a litigiosidade excessiva e, certamente, a qualidade das decisões judiciais é um deles. A existência, no Judiciário, de posicionamentos diversos sobre o mesmo tema, com a possibilidade de que tribunais de instâncias inferiores não sejam obrigados a seguir as orientações jurisprudenciais de tribunais superiores e a baixa densidade democrática das decisões judiciais, eventualmente proferidas em total desapego às provas dos autos e baseadas na convicção íntima e não exposta do julgador, contribuem decisivamente para que se instaure um clima de insegurança jurídica, instigando-se o jurisdicionado a arriscar-se em ações temerárias e recursos protelatórios.

A partir do texto “Diante da lei”, de Franz Kafka, Eduardo Cambi analisa a questão da “jurisprudência lotérica”, que ocorre

(...) quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.<sup>360</sup>

<sup>359</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*: 2012. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acessado em: 22/03/2015.

<sup>360</sup> CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abril-2001, p. 110.

O que fica evidente a partir desse conceito de jurisprudência lotérica é o completo desprezo à isonomia entre os jurisdicionados, que acaba por gerar uma situação de incerteza jurídica impossível de ser justificada de forma racional, já que não se consegue compatibilizar o argumento de que o julgador é livre para decidir como entender cabível com a ideia de que há direito fundamental ao tratamento isonômico perante as decisões judiciais.

Nesse sentido, é importante pensar em um sistema de precedentes como fator de racionalização das decisões judiciais, retirando-se do exercício de julgar as influências discricionárias e vinculando o julgador à ideia de coerência e integridade.

Aqui, vale ressaltar, não se está a defender o engessamento das decisões judiciais e, sim, a sua racionalização. Nesse sentido, em um sistema de precedentes corretamente estruturado, nem mesmo a existência de enunciados de súmula seria tolerável, mormente quando se tem um enunciado com conteúdo vinculante, como se dá nas súmulas vinculantes previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Um sistema de precedentes corretamente estruturado, baseado na ideia de busca da *ratio decidendi* dos casos pretéritos para a solução de casos a serem julgados no presente, de modo a criar estabilidade jurídica e possibilitar a construção de um futuro seguro, passa ao largo do estabelecimento de textos vinculantes (isso a lei já faz). Os enunciados de súmula, ao que parece, tornam a discussão sobre a construção jurisprudencial muito simplória.

O combate à litigância excessiva, em um determinado momento, passa obrigatoriamente pela necessidade de estruturação de um sistema de precedentes, que tornem o ato de decidir algo racional e que traga a necessária isonomia. Os efeitos disso serão sentidos ao longo do caminho – que é longo, diga-se de passagem. Uma vez entendido o sistema de precedentes como meio de racionalização e não de limitação de direitos, haverá de cair por terra a ideia de *jurisprudência lotérica*, pois o julgador irá se sentir parte de uma estrutura e não estará confortável para decidir conforme a sua consciência, em atitude de rebeldia<sup>361</sup> contra o poder que compõe.

Desse modo, com o ganho qualitativo das decisões judiciais, é evidente que

---

<sup>361</sup> CAMBI; HELLMAN, op. cit., p. 355.

haverá, em um primeiro momento, diminuição do número de recursos, pois a parte sucumbente, que teve como resposta uma decisão judicial construída adequadamente no aspecto formal e cujo conteúdo contempla a posição dos tribunais de instância superior, que, por sua vez, já não mais toleram viradas jurisprudenciais, não se sentirá motivada a buscar a reforma da decisão por via recursal, já que poderá antever o resultado desfavorável.

### **3.1.1 Acesso à justiça e aumento da litigiosidade: a resposta social ao descumprimento da Constituição Cidadã pelo Estado**

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após a derrocada da Ditadura Militar, que tolheu as liberdades durante trinta anos. Como decorrência lógica da abertura democrática e considerado o trauma causado pelo regime de exceção, o constituinte labutou para construir uma Constituição analítica, que previsse o maior número possível de direitos fundamentais.

Um dos direitos fundamentais que foram reforçados pelo novo ordenamento constitucional foi o de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, a partir de uma série de incisos voltados ao tratamento de garantias processuais.

A inauguração da nova ordem constitucional em 1988 levou os processualistas a repensarem muitos aspectos do CPC vigente desde 1974, de modo a adaptar a sua interpretação aos novos cânones, notadamente por se estar em uma era de constitucionalização.

O Código Buzaid, concebido a partir de um ideal “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”<sup>362</sup>, com a finalidade de atingir a certeza jurídica com a decisão judicial, acabou por tornar burocratizado o processo e as grandes mudanças empreendidas foram no sentido de adaptar os seus dispositivos aos novos tempos e às novas necessidades sociais.

A ampliação do acesso à justiça pela Constituição de 1988 pode ser elencado como um dos fatores do aumento da litigiosidade. Por outro lado, não se pode olvidar que, além do acesso à justiça, a Constituição prometeu – e o Estado

<sup>362</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, vol. 183, 2010, p. 166.

deve cumprir – uma série de direitos individuais e sociais, qualificando-os de fundamentais, sem, no entanto, atentar-se para o fato de que a estrutura do Estado brasileiro, caudatária de um longo regime de exceção, não suportaria tantas demandas populares.

As promessas, então, em grande parte, restaram não-cumpridas. À população restou a busca da tutela jurisdicional, a partir do que surgiram as discussões a respeito do ativismo judicial e sobre a legitimidade do Poder Judiciário em disciplinar sobre políticas públicas não executadas ou mal executadas.

Não se quer aqui imiscuir-se no debate a respeito da pertinência do ativismo judicial diante da questão objetiva do descumprimento de direitos fundamentais pelos demais poderes do Estado, já que o objeto da pesquisa é diverso. Entretanto, é forçoso reconhecer que parte do aumento da litigiosidade é uma consequência da precária atuação do Estado em determinadas áreas consideradas fundamentais para a promoção dignidade da pessoa humana, tais como a saúde e a educação. E isso fica evidente a partir dos números apresentados no tópico anterior, que colocam os entes estatais, nos três níveis da federação brasileira, dentre os quatro maiores litigantes do país.

No resumo da problemática, tem-se o Estado descumprindo direitos constitucionalmente assegurados, dentre os quais o acesso à justiça, que resta ainda não-cumprido porque o próprio Estado é o responsável por abarrotar o Poder Judiciário de demandas, o que gera demora na prestação jurisdicional. Como se vê, o problema coloca-se em um círculo vicioso e isso deve ser levado em consideração sempre que se for pensar em reformas processuais para conferir agilidade ao trâmite processual.

Além disso, o país mudou. A realidade social é bastante diversa daquela na qual o Brasil estava inserido em 1973, quando foi aprovado o Código Buzaid. Houve aumento expressivo da população e as promessas da Constituição de 1988 geraram grandes expectativas. Barbosa Moreira assim identifica a problemática:

É difícil conceber que, modificando-se tudo, e com velocidade sempre ascendente, só a Justiça deixe de modificar-se. Basta considerar a imensa probabilidade de que continuem a avolumar-se, indefinidamente, os desafios com que ela se defronta. O simples aumento da população, que entre nós nada faz crer que se detenha a curto prazo, já seria, por si só, causa de sobrecarga de trabalho.

Nem se trata, apenas, de levar em conta a progressiva elevação do número de habitantes: na verdade, à medida que se vão disseminando o conhecimento dos direitos, a consciência da cidadania, a percepção de carências e a formulação de aspirações, correlatamente emerge, na população já existente, a demanda até então contida, sobre a percentagem dos que pleiteiam, reclamam, litigam; e, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar de modo considerável a pressão sobre os congestionados canais judiciais. Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contatos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feição nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares, e ficará evidente que não há como fugir à necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já tão assustadora.<sup>363</sup>

Ao que parece, a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao estabelecer o direito fundamental à duração razoável do processo, objetivou não tornar o processo necessariamente célere, mas estimular a criação de mecanismos para que ele não se prolongue indevidamente. O conceito de celeridade, por si, indica algo rápido e nem sempre o célere é o razoável.

Desse modo, o acesso à justiça há de ser entendido como a possibilidade de provocação do Poder Judiciário sem entraves formalistas indevidos, a tramitação do feito em tempo razoável, suficiente para a maturação das teses discutidas, para a formulação das defesas necessárias, para a produção das provas elucidativas e para a construção de uma decisão judicial formalmente e substancialmente correta, ou seja, coerente, íntegra e de acordo com a Constituição e que seja, por fim, plenamente efetivada.

### **3.1.2 A jurisprudência defensiva**

O aumento da litigiosidade deu-se em vários planos, afetando todas as instâncias do poder Judiciário. Enquanto a primeira instância se vê assoberbada com a quantidade de ações em fase de conhecimento e sofre com o gargalo da execução, as instâncias superiores buscam meios de gerir a quantidade de recursos que se sucedem.

---

<sup>363</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. *Revista de Processo*, vol. 71, jul. 1993, p. 189.

A grita é geral. É do senso comum que se reclame do sistema de justiça e, em primeiro plano, coloque-se a culpa na quantidade de recursos prevista na legislação e aí embaralham-se as questões da inefetividade dos provimentos cíveis e da suposta impunidade na seara criminal. Confunde-se tudo e faz-se tábua rasa do problema.

Se o problema é de número, antes, há que se admitir, é um problema de número de ações propostas e não necessariamente de recursos previstos na legislação processual. Ou seja, a problemática é social e não processual.

Entretanto, os participantes do jogo processual lutam com as armas que têm. Enquanto as partes usam – e por vezes abusam – dos recursos previstos na lei, os julgadores, diante da imensa carga de trabalho, sentem-se tentados ao atalho da forma para evitarem o mérito. A essa reação dos tribunais à quantidade de recursos deu-se o nome de jurisprudência defensiva.

A denominação é extremamente pertinente aos fatos, pois indica de forma clara a ação de bloquear a tramitação de recursos, a partir de decisões judiciais baseadas em critérios formais. Esse viés é facilmente percebido no tão histórico quanto honesto discurso de posse na presidência do STJ do Ministro Humberto Gomes de Barros, no ano de 2008, para quem:

Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o STJ mergulha em direção a essa última hipótese. Para fugir a tão aviltante destino, adotou a denominada “jurisprudência defensiva”, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.<sup>364</sup>

Os exemplos são inúmeros e seria impossível analisá-los um a um. Assim como proliferaram os recursos, na mesma medida proliferaram as decisões defensivas. Entretanto, a título de ilustração, alguns julgados serão analisados, a fim de que se perceba o estado a que se chegou diante do cenário desenhado pelo excesso de litigiosidade.

No STF pode-se encontrar posição no sentido de que o recurso interposto antes da publicação da decisão no Diário da Justiça, ainda que posterior ao

---

<sup>364</sup> Disponível em: [http://ftp.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057](http://ftp.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=551&tmp.texto=87057). Acessado em: 17-04-2015.

conhecimento efetivo, pela parte, do teor da decisão recorrida, é intempestivo por antecipação. É o que se identifica a partir da seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. O recurso extraordinário é intempestivo, porquanto interposto antes da publicação do acórdão prolatado nos embargos de declaração, sem que se tenha notícia nos autos de sua posterior ratificação. O entendimento desta Corte é no sentido de que o prazo para interposição de recurso se inicia com a publicação, no órgão oficial, do acórdão que julgou os embargos declaratórios. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>365</sup>

Tal entendimento, entretanto, mudou. Em recentíssima decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 703269<sup>366</sup>, no dia 05 de março de 2015, o Pleno do STF entendeu, por unanimidade, que o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida não é intempestivo. Essa evolução do entendimento da Suprema Corte faz reacender a esperança de que os tribunais revisem suas posições defensivas, de modo que a busca da racionalidade do número de recursos não passe pelo boicote puro e simples à função jurisdicional. A jurisprudência defensiva, ou seja, aquela fundada em um formalismo exacerbado, é equivalente à negativa de prestação de jurisdição.

Não obstante a mudança de entendimento do STF, o STJ ainda insiste na posição defensiva, negando seguimento a recurso interposto antes do início do prazo. Por todos, é o que se deduz do seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO PREMATURO. RATIFICAÇÃO. AUSÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

Com efeito, é de se destacar que "a jurisprudência desta Corte tem por intempestivos os embargos de declaração opostos antes da publicação do acórdão embargado, sem a ratificação posterior" (EDcl no AgRg no AREsp 346.360/SE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 03/12/2013). Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp 1275278/RS, Rel. Ministro MARCO

<sup>365</sup> BRASIL, STF, *AI 697840 ED*, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011, DJe-060 DIVULG 29-03-2011 PUBLIC 30-03-2011 EMENT VOL-02492-01 PP-00198.

<sup>366</sup> O acórdão ainda não foi publicado, tendo-o sido apenas o extrato da decisão, nos seguintes termos: "O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e a este, por unanimidade, deu provimento para afastar a intempestividade do recurso interposto antes da publicação do acórdão. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.03.2015." (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em 17/04/2015).

BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 02/06/2014; EDcl na Rcl 15.084/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 16/12/2013; EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 161.982/SE, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013, DJe 26/11/2013. In casu, o acórdão embargado foi publicado em 25/09/2014, no entanto opostos os presentes embargos em 22/09/2014, sem posterior ratificação. Ante o exposto, não conheço dos embargos de declaração. É o voto.<sup>367</sup>

Outro exemplo claro de jurisprudência defensiva é o que se dá a partir da aplicação do enunciado da Súmula 284 do STF, segundo o qual não se conhecerá do recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. A finalidade da criação do referido enunciado foi indicar que a jurisprudência no STF restou pacificada no sentido de que a fundamentação do recurso extraordinário deve ser clara. Isso é uma exigência básica. Desde a petição inicial exige-se a clareza.

No entanto, o STJ, na aplicação do enunciado referido, dá interpretação exageradamente formalista, desvinculando-se da *ratio* inicial e, a partir dela, criando óbices formais indevidos. Isso é possível verificar a partir das repetidas negativas de seguimento a recursos especiais em que o recorrente não tenha declinado expressamente qual artigo da lei tenha sido violado pela decisão recorrida. Veja-se: “A ausência de indicação do dispositivo legal supostamente violado caracteriza deficiência na fundamentação do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF”<sup>368</sup>.

<sup>367</sup> BRASIL, STJ. *EDcl no AgRg no AREsp 457.859/PR*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014.

<sup>368</sup> BRASIL, STJ. *REsp 1424164/SC*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 16/04/2015. Outros exemplos: “A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a ausência de indicação dos dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais não autoriza o conhecimento do recurso especial, quando interposto com base na alínea c do permissivo constitucional. Incidência da Súmula 284 do STF” (BRASIL, STJ. *REsp 1274551/RS*, 2.ª T., j. 11.10.2011, rel. Min. Humberto Martins, DJe 20.10.2011); “2. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’. 3. Deficiente a fundamentação do recurso, em cujas razões não logra o recorrente demonstrar qual o dispositivo legal violado, não dá ensejo à abertura da instância especial pela alínea a. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL, STJ. *AgRg no Ag 815.186/RJ*, 1.ª T., j. 06.03.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJ 02.04.2007, p. 246); “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL AMPARADO SOMENTE NA ALÍNEA C DA FRANQUIA CONSTITUCIONAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL SOBRE O QUAL RECAIRIA A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VERBETE N. 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O recurso especial interposto com base apenas na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal também requer a indicação específica do dispositivo legal que teria sido objeto de interpretação

Em análise mais minuciosa ainda, é praxe do STJ negar seguimento, por deserção, a recurso cuja guia de recolhimento de custas esteja incorretamente preenchida, sem sequer oportunizar à parte recorrente a correção ou complementação dos dados. Veja-se que aqui não se está sequer a tratar de pagamento insuficiente de custas e, sim, de preenchimento inadequado, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS (ART. 7º DA RESOLUÇÃO STJ N. 4/2013). INDICAÇÃO ERRÔNEA DOS DADOS NA GUIA DE RECOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PREPARO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O número de referência, o código de recolhimento e outras informações que constam da Guia de Recolhimento da União são de fato relevantes, pois identificam por qual processo está sendo feito determinado pagamento e relativamente a que recurso e unidade gestora. Trata-se de meio de identificação e controle de pagamento. (AgRg no AREsp 305.958/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 25/4/2013). 2. Agravo regimental não provido.<sup>369</sup>

No mesmo sentido – e até mesmo dando embasamento à decisão acima ementada – os julgados se proliferam no STJ<sup>370</sup>, todos no intento de reduzir o

---

divergente, sob pena de não conhecimento. 2. Sendo atribuição deste Corte a padronização a interpretação da legislação infraconstitucional, mostra-se necessário apontar, de modo direto, qual norma está a demandar o exercício dessa incumbência constitucional. 3. Incidência do verbete n. 284 da Súmula do STF” (BRASIL, STJ. *AgRg no REsp 1368169/DF*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015).

<sup>369</sup> BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 598.659/SP*, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015.

<sup>370</sup> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. GUIA DE RECOLHIMENTO DA UNIÃO. DESERÇÃO. PRECEDENTES. JUNTADA TARDIA DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. 1. A indicação na Guia de Recolhimento da União de número de referência de processo diverso na origem, em desrespeito à Resolução n. 4/2013 do STJ, vigente na data da interposição do recurso, não comprova a regularidade do pagamento do preparo, impondo-se a pena de deserção. 2. "O número de referência, o código de recolhimento e outras informações que constam da Guia de Recolhimento da União são de fato relevantes, pois identificam por qual processo está sendo feito determinado pagamento e relativamente a que recurso e unidade gestora. Trata-se de meio de identificação e controle de pagamento" (BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 305.958/PA*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013); "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUSTAS JUDICIAIS. PREPARO RECURSAL. RECOLHIMENTO EM GUIA DIVERSA DA INDICADA NO ART. 7º DA RESOLUÇÃO 01/2014, DE 01/02/2014. DESERÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o recolhimento do preparo recursal deve ser efetuado observando-se as instruções contidas nas Resoluções editadas por esta Corte, vigentes à época da interposição do recurso, utilizando-se da guia de recolhimento adequada, sob pena de deserção. II. No caso, tendo sido efetuado o pagamento das custas judiciais de preparo recursal utilizando-se a GRU Simples, em desacordo com o disposto no art. 7º da Resolução 01/2014 do STJ, de 01/02/2014, em vigor à época da interposição do recurso, é de se declarar deserto o Recurso Especial. III. Como decidido pela Corte Especial do STJ, "o cumprimento pelo recorrente das instruções contidas nas Resoluções do STJ sobre a comprovação do preparo recursal emana expressamente do art. 41-B da Lei n. 8.038/90, alterado pelo art. 3º-A da Lei n. 9.756/98. A partir da Resolução n. 12/2005, não basta o pagamento da importância devida na

volume de recursos em que é feita a análise do mérito.

Estes três temas exemplificam como a manipulação na interpretação das formalidades processuais tem sido utilizada para que os tribunais superiores vejam-se desobrigados de enfrentarem o mérito dos recursos a eles destinados. Mais uma vez, não se nega a existência de carga excessiva de trabalho, entretanto, não se espera do poder Judiciário um comportamento que afronte os princípios que norteiam o direito processual. Sobre o assunto, Barbosa Moreira já alertou:

A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta - e atualmente recomendável - toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrer dúvidas suscetíveis de suprimimento. Cumpre ter em mente que da opção entre conhecer ou não conhecer de um recurso podem advir consequências da maior importância prática: por exemplo, se alguém apela da sentença meramente terminativa, o conhecimento da apelação é pressuposto necessário (embora não suficiente) do processamento da atividade cognitiva do tribunal, no sentido de julgar desde logo o mérito, não examinando no primeiro grau de jurisdição (art. 515, § 3.º, acrescentado pela Lei 10.352, de 26.12.2001) - desfecho preferível na medida em que importe, como não raro ocorrerá, a eliminação definitiva do litígio.<sup>371</sup>

Desse modo, infere-se que a reação dos tribunais à excessiva carga de trabalho a que foram submetidos não tem guardado a devida proporção, uma vez que, por meio de subterfúgios teóricos, nega-se a prestação jurisdicional, com

---

origem, sendo imprescindível o correto preenchimento das respectivas guias, bem como o recolhimento no estabelecimento bancário, sob pena de deserção" (STJ, EREsp 820.539/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe de 23/8/2010). Em igual sentido: STJ, AgRg no AREsp 439.864/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 11/2/2014; STJ, AgRg no AREsp 382.112/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/05/2014; STJ, AREsp 547.635/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 6/8/2014. IV. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 531.588/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 9/9/2014, DJe 16/9/2014).

3. A comprovação do recolhimento das custas judiciais deve ser feita no ato de interposição do recurso, sendo incabível posterior regularização, em razão da preclusão consumativa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1.487.417/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015).

<sup>371</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *In*:

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270.

argumentos fincados no fetiche da forma, ignorando-se o caráter de instrumentalidade do processo e a necessidade de busca adequada da tutela para o direito objeto da controvérsia.

A jurisprudência defensiva, então, coloca-se em total descompasso com as ideias de resposta correta, de efetividade processual e de acesso à justiça e é uma prática que deve ser banida do dia-a-dia dos tribunais, pois o rechaço de recursos com base em argumentos ilegítimos e ilegais não há de ser a solução para a racionalização dos trabalhos no Judiciário.

### **3.2 A hermenêutica e o sistema de precedentes no Brasil**

Uma vez que se esteja vivendo em uma fase da evolução do direito em que já não se confunde mais texto com norma e em que já se estabeleceu a ideia de que a interpretação não se faz da norma, mas, sim, a norma se faz a partir da interpretação, é imperativo que o sistema de precedentes, no Brasil, seja analisado como uma decorrência dessa nova visão paradigmática, em que ganha importância o exercício interpretativo.

É de fundamental importância que se diga que a compreensão de um sistema de precedentes para o *civil law* brasileiro passa necessariamente pelo abandono das teses de completude do texto legal, que tentam retirar a qualidade interpretativa da construção jurídica.

Então, quando se assume a posição de que a norma é fruto da interpretação, há que se ter em mente a necessidade de meios de vinculação do julgador, a fim de evitar posições discricionárias.

Jürgen Habermas, ao discutir a ideia da racionalidade da jurisprudência, indica a sua problemática, que é a de “saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo”, a fim de que se possa garantir segurança jurídica e correção. Assim, de acordo com ele, com a falência das ideias jusnaturalistas, restariam três alternativas para tratar o problema: a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo jurídico.<sup>372</sup>

---

<sup>372</sup> HABERMAS, op. cit., p. 247.

Como se viu nos capítulos antecedentes, o positivismo concedeu amplas margens de discricionariedade ao julgador, da mesma forma o realismo, que indicou a possibilidade de escolha, pelo juiz, da solução que lhe pareça mais adequada para o problema que se lhe apresenta. Então, resta o exercício hermenêutico como o meio mais adequado para garantir a segurança jurídica e a correção da decisão judicial.

### **3.2.1 O sistema de precedentes no Novo CPC: da sua construção à sua positivação**

A sistemática que prevaleceu na versão final do NCPC não esteve presente desde o anteprojeto que deu origem à tramitação legislativa da nova lei. Neste campo, a iniciativa foi tímida. Optaram os juristas convidados pela Presidência do Senado Federal por trabalhar no plano da jurisprudência<sup>373</sup>. Embora tenham feito crítica direcionada ao fato de não se ter assumido desde o início um sistema de precedentes, Marinoni e Mitidiero ressaltaram que o tratamento que se quis dar à jurisprudência no anteprojeto significou um passo à frente daquilo que se observa na legislação em vigor<sup>374</sup>.

É verdade que a ausência de aprofundamento a respeito da temática do precedente inviabilizaria a imposição da vinculação das decisões, seja no âmbito

<sup>373</sup> Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

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

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria (BRASIL, *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em 20/04/2015).

<sup>374</sup> MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 164.

horizontal, seja no vertical. O anteprojeto trabalhava com a ideia de que a jurisprudência dos tribunais superiores fosse orientadora das decisões judiciais, entretanto, os verbos “orientar” e “nortear” utilizados poderiam dar margem a interpretações que afastassem o caráter vinculante das decisões das cortes supremas, principalmente, tornando inócuo o dispositivo.

Na primeira versão do Projeto de Lei n. 166/2010, após algumas adaptações que não importaram em mudança significativa do texto abaixo transcrito, a disciplina sobre o respeito à jurisprudência passou a ser no artigo 882.

Encaminhado o projeto à Câmara dos Deputados, iniciou-se uma nova etapa de análise, agora com uma série de comissões responsáveis, cada uma, por um setor do novo regramento processual. Foi apresentado, então, um substitutivo geral n. 8.046/2010, dividido em duas partes: a geral e a especial. Dentro da Parte Especial, no Livro I, destinado ao regramento do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, no Título I, Capítulo XV, logo após a disciplina sobre a sentença e a coisa julgada, foi inserida a temática do precedente judicial.

Apesar de o Capítulo XV, no título, propor-se a tratar sobre o precedente judicial, o artigo 520<sup>375</sup> iniciava impondo aos tribunais o dever de uniformização da sua jurisprudência, de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente. Nos parágrafos do dispositivo havia regramento a respeito dos enunciados de súmulas, sendo que o §2º já indica a diferença conceitual dos institutos do precedente e da súmula, ao vedar a edição de enunciado de súmula que não se ativessem às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Essa tomada de posição do legislador é essencial para que não haja, no momento da interpretação/aplicação do texto legal, confusão sobre o significado e o alcance de cada um dos institutos.

Como base fundante do sistema de precedentes estabelecido no Substitutivo, tem-se, a teor do caput do art. 521, os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e

---

<sup>375</sup> Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (BRASIL, *Projeto de lei n. 8.046, da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acessado em: 20/04/2015).

da isonomia. Tal previsão não permaneceu na versão finalmente aprovada, o que é lamentável, pois ela jogava algumas importantes luzes sobre o processo interpretativo dos precedentes.

Apesar de sofrer influências do *common law*, o fato de o Brasil passar a preocupar-se com a estruturação de um sistema de precedentes não significa que deixará de enquadrar-se no sistema do *civil law* e a previsão de que o primeiro norte principiológico a ser seguido seria o da legalidade somente reforçava o caráter vinculante, antes de tudo, da lei.

Que a produção judiciária seja importante para a construção do direito não se duvida, entretanto, a observação ao princípio da legalidade é imprescindível para a preservação da democracia. A legalidade aqui é considerada em sentido amplo e certamente não quer significar um retorno ao normativismo positivista de outrora.

É certo que o julgador, no momento da construção da norma para o caso concreto, há de se atentar para a previsão legal, em atenção ao disposto no art. 153, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Na seara processual, mais especificamente, o princípio da legalidade manifesta-se a partir da previsão constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV/CR). Dessa forma, incumbe ao julgador, no momento da aplicação do sistema de precedentes, atentar para os dispositivos legais aplicáveis à espécie, de modo que a decisão judicial construída, seja a partir do precedente, seja para o precedente, não contenha transgressão à lei em sentido amplo (ordenamento jurídico).

Nessa linha, o disposto previa o seguinte:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

- a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;
- b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

A ideia de vinculação dos precedentes foi efetivamente proposta, com a hierarquização das decisões judiciais, de maneira que já não houvesse mais uma simples orientação, mas, sim, uma imposição aos julgadores de seguirem os precedentes firmados, a jurisprudência consolidada e os enunciados de súmula.

E a proposta foi além, detalhando ainda mais a sistematização da construção e da aplicação do precedente judicial. No § 1º previu-se que a formação e a aplicação do precedente deveria obedecer ao princípio do contraditório substancial e que a decisão judicial atentasse para as regras de fundamentação completa, dispostas que estavam no artigo 499, que, na versão final, manteve seu texto intacto, mas foi renumerado para 489.

Além disso, o regramento proposto tratava do conceito de fundamentos determinantes para a identificação do precedente, prevendo o § 3º que os efeitos de vinculação decorreriam “dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. Já o § 4º estabelecia sobre quais fundamentos não conteriam vinculação, quais sejam: os “prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão” e os “não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão”.

Aqui é facilmente perceptível a preocupação do legislador projetista em diferenciar a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, trabalhando até mesmo com um certo didatismo, para orientar o intérprete no momento da aplicação da norma.

Ainda nessa linha, o substitutivo previa, no §5º a possibilidade de o julgador, ao encontrar o precedente vinculante, afastar a sua aplicação no caso concreto, realizando a adequada distinção do caso sob julgamento, desde que demonstrasse “fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa”.

Já o § 6º tratava da modificação de entendimento sedimentado, que poderia

realizar-se nas seguintes hipóteses:

- I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;
- II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;
- III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

O § 7º, por sua vez, previa a possibilidade de modificação de entendimento sedimentado com base, “entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida”. O § 8º estabelecia a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que pudessem contribuir para a discussão a respeito da mudança da tese, sempre que os tribunais entendessem ser o caso de alteração do entendimento sedimentado.

O § 9º estabelecia a competência preferencial do órgão jurisdicional que firmou o precedente em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos para a sua revisão, do que se conclui a possibilidade de que outro órgão, em caráter subsidiário, o faça, diante da inércia do preferencialmente competente.

O § 10, por seu turno, trabalhava com a hipótese de modulação dos efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, “limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”. E o § 11 estabelecia a obrigatoriedade de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, para que pudesse haver a mudança de entendimento sedimentado.

Uma vez aprovado o substitutivo na Câmara dos Deputados, retornou ele ao Senado Federal, em março de 2014, para nova avaliação. Formada a Comissão Temporária, no texto foram feitas algumas adaptações, transferindo a disciplina sobre os precedentes para o Livro III, Título I, Capítulo I, que tratava a respeito das disposições gerais a respeito da ordem dos processos nos tribunais, deixando de existir, portanto, o capítulo específico sobre os precedentes judiciais, mas

mantendo-se a parte do texto das regras conforme o substitutivo da Câmara<sup>376</sup>.

Foi nesta fase em que ocorreu a retirada do texto que tratava sobre os princípios que norteariam o julgador no momento da interpretação dos precedentes. Ademais, retirou-se o tratamento específico sobre *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e o foco do tratamento legislativo voltou ao conceito de jurisprudência, com poucas menções ao de precedente<sup>377</sup>.

Na versão final enviada à sanção presidencial e que acabou transformando-se na Lei 13.105/2015, o tratamento dado à questão o foi da seguinte forma:

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

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

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

<sup>376</sup> Art. 924. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 166/2010*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731). Acessado em: 20/04/2015).

<sup>377</sup> Art. 925. Os juízes e os tribunais observarão:

- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II – os enunciados de súmula vinculante;
- III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 486, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

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

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

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

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (BRASIL, *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 166/2010*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731). Acessado em: 20/04/2015).

Manteve-se a ideia de estabilidade, integridade e coerência e adequou-se o texto do §2º para tratar sobre o respeito às circunstâncias fáticas dos precedentes na construção dos enunciados de súmula do ponto de vista positivo e não negativo.

No artigo 927 não houve qualquer menção ao termo precedente, focando-se basicamente nos conceitos vinculados à ideia de jurisprudência dominante, o que é, frise-se, lamentável, pois se acredita que o texto do substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados era bastante superior, por assumir a posição de sistematizar o tratamento dos precedentes, indo muito além da regulação do respeito à jurisprudência.

De todo modo, muito embora a nova legislação tenha abandonado a ideia de tratar dos precedentes de forma sistematizada, a menção ao tema e o tratamento dado ao conceito de jurisprudência dominante indicam que a compreensão do precedente judicial e da sua estrutura é fundamental para que se atinja o projeto de estabilidade, integridade e coerência nas decisões judiciais.

### **3.2.2 Como superar um precedente: o abandono da ideia de engessamento do direito**

Uma das objeções mais recorrentes no *civil law* à implantação de um sistema de precedentes é baseada na afirmação de que isso implicará em um engessamento do ordenamento jurídico, impossibilitando que haja a evolução da interpretação jurídica.

Talvez essa ideia equivocada de engessamento esteja bastante vinculada, no Brasil, à impressão que se tem da aplicação dos comandos constantes de enunciados de súmulas. Há ainda quem não faça a distinção entre precedente e enunciado de súmula e disso pode decorrer uma série de equívocos.

Já se expôs neste trabalho a contrariedade que se tem à ideia de um direito sumular, notadamente com a presença de institutos como as súmulas vinculantes. E isso se dá justamente porque tal sistema possibilita a aplicação sem interpretação dos textos crus dos enunciados.

É comum que se veja na prática forense a invocação de enunciados de

súmulas para justificar a tomada de posição em um determinado caso sem que se faça o cotejo do enunciado com o que lhe precedeu e até mesmo sem que se faça a devida interpretação do texto em relação às peculiaridades do caso. E isso, evidentemente, leva ao engessamento do direito. Isso é o fim do direito (aqui no sentido de morte e não de finalidade).

Quando se sabe que um sistema de precedentes não se confunde com um direito sumular, a ideia de engessamento perde força.

Caminhando com Dworkin e o seu processo interpretativo, percebe-se que o julgador que, ao analisar um novo caso, volta seus olhos ao passado, analisa as decisões que lhe são antecedentes, compreende-as e delas extrai a *ratio* que irá orientá-lo na decisão presente, fazendo o cotejo dessa *ratio* com os fatos, podendo integrar novos elementos, decorrentes de peculiaridades do caso que está a analisar, não pode se considerar engessado.

É verdade que o julgador não é livre, mas a inexistência de liberdade é voltada à limitação da discricionariedade, das suas impressões pessoais, da sua consciência. Não quer significar que o julgador não possa contribuir para a evolução da interpretação jurídica.

Um exemplo claro do equívoco gravíssimo que se tem a respeito da necessidade de respeito ao direito jurisprudencial de modo geral é perceptível a partir da posição da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho), que divulgou uma nota solicitando veto presidencial ao disposto no artigo 489/NCPC, em que assim afirmou em uma das passagens:

De outra parte, quanto aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo artigo 489, diga-se da sua quase esquizofrenia. Por tais preceitos, será nula a sentença que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; logo, o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo “identificar” (enaltecer?) seus fundamentos determinantes. Mas não é só. Assim como não pode “simplesmente” decidir com base em súmula de jurisprudência de tribunais superiores, também não pode deixar de decidir conforme essa mesma súmula (o que denota, no limite, um tratamento esquizoide da matéria), porque também será nula a sentença que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. No limite, restará ao

juiz reproduzir súmulas e enaltecê-las — conquanto não sejam constitucionalmente vinculantes.<sup>378</sup>

A confusão é tanta, que uma das mais importantes associações de magistrados do país divulgou nota indicando completo desconhecimento a respeito do que seja identificar a *ratio decidendi* de um precedente, a fim de que ele possa ser corretamente interpretado e aplicado. E mais do que isso, admite nas entrelinhas que há casos em que é possível apenas a aplicação do comando contido no texto, sem necessidade de interpretação. É tão fora de propósito o argumento que, em uma tentativa de lutar contra a ideia de juiz *bouche de la loi*, a ANAMATRA lança mão de um ideal que justificava essa ideia de juiz-só-aplicador-e-não-intérprete. É grave, muito grave.

Questiona a ANAMATRA se o juiz deveria “enaltecer” os fundamentos determinantes da súmula ou do precedente. A resposta é não. O texto legal não manda enaltecer, ele indica a necessidade de identificar a *ratio* do precedente, a fim de possibilitar que o juiz conheça o caso que lhe antecedeu e possa verificar se aquela posição pode ser seguida no caso que está a julgar. E pode entender que não, ocasião em que a lei determina que faça a devida distinção, ou seja, apresente fundamentos que indiquem as diferenças que impedem a aplicação daquela *ratio* ao caso presente.

Desse modo, urge que se compreenda que um sistema de precedentes corretamente estruturado prevê a possibilidade de que o juiz opere a distinção necessária e deixe de seguir determinado precedente, assim também que os precedentes possam ser revogados, estabelecendo-se novos entendimentos, que estejam em consonância com o caráter de evolução do direito.

De acordo com as lições de Lucas Buril de Macêdo:

O sistema de precedentes, muito ao contrário, é dotado de especial mobilidade. Seguramente é mais fácil, do ponto de vista pragmático e burocrático, modificar uma norma pelo processo jurisdicional do que pelo legislativo, sendo certo que este é dotado de maior rigidez procedimental, devendo ser votado e aprovado por maior número de pessoas, e guardando maiores dificuldades práticas, diante do

---

<sup>378</sup> CONJUR. *Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>. Acessado em: 21/04/2015.

ambiente político de discussão e barganhas.<sup>379</sup>

E essa ideia de engessamento é refutada a partir da própria concepção de integridade em Dworkin. Para o pensador norte-americano:

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. (...) O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine.<sup>380</sup>

Vale dizer, a integridade diferencia-se da coerência na medida em que possibilita a superação de entendimentos que se afiguram ultrapassados, que já não reflitam mais a comunidade de princípios do presente.

No tratamento que dá à questão da superação dos precedentes, Lucas Buril de Macêdo admite que a vinculação do juiz não é absoluta e defende que a liberdade e a criatividade judicial são essenciais ao direito e que “os limites que são impostos são apenas parciais”<sup>381</sup>. Discorda-se do autor nesta afirmação, tendo em vista a posição de integridade assumida neste trabalho. É possível ao juiz superar um precedente, entretanto, isso não decorre de uma conduta de liberdade, pois o juiz ainda assim estará condicionado à comunidade de princípios, como referia Dworkin, ou às normas constitucionais, como quer Streck.

Assim, quando o julgador supera ou revoga um precedente por considerá-lo inadequado para o momento presente, não está a exercer liberdade e, sim, a vincular-se à necessidade de encontrar a resposta correta, que já não mais é construída a partir daquele precedente.

Firmada a ideia de que um sistema adequado de precedentes não gera engessamento do direito, passa-se, então, à análise dos instrumentos que podem ser utilizados nesse sentido.

---

<sup>379</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 235-236.

<sup>380</sup> DWORKIN, op. cit., p. 274.

<sup>381</sup> MACÊDO, op. cit., p. 381.

A premissa técnica necessária para a mobilidade do sistema de precedentes é a distinção (*distinguishing*), ou seja, o cotejo “entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”<sup>382</sup>. E isso exigirá do juiz que argumente de forma suficiente, seja para aplicar a *ratio*, seja para afastá-la da aplicação no caso concreto.

Nesse exercício, é possível ao tribunal, percebendo que o conteúdo do precedente está equivocado, deixar de revogá-lo, “preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para sua futura revogação”. Essa iniciativa deita raízes na ideia de segurança jurídica, comunicando aos jurisdicionados que o precedente será revogado, “evitando-se, com isso, que alguém atue em conformidade com a ordem estatal e, ainda assim ou por isso mesmo, seja prejudicado em seus negócios ou afazeres ou, em suma, em sua esfera jurídica”.<sup>383</sup>

No *common law* tem-se o *overruling* como o meio adequado para a superação de um precedente, a partir da “retirada de uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra”. Essa superação pode se dar de forma explícita ou implícita. Esta última ocorre “quando o tribunal, muito embora não o diga expressamente, supera um entendimento, decretando nova norma jurídica”<sup>384</sup>. O *overruling* depende da perda de congruência social e do surgimento de inconsistência sistêmica e ocorre justamente para preservar os valores de estabilidade do sistema<sup>385</sup>.

Há, ainda, a técnica da *transformation*, a partir da qual o precedente é reconstruído, ou seja, “não se consideram como fatos relevantes ou materiais aqueles que, no precedente, foram considerados de passagem, atribuindo-se-lhes, diante disso, nova configuração”<sup>386</sup>.

Outra forma de conferir mobilidade ao sistema de precedentes se dá pela utilização da técnica do *overriding*, que “consiste em uma distinção reductiva de uma *ratio decidendi* para que, em seguida, o tribunal realize a ampliação de outra”<sup>387</sup>. “O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado”, indicando essa nova situação que o litígio

<sup>382</sup> MARINONI, op. cit., p. 325.

<sup>383</sup> Ibidem, p. 334-335.

<sup>384</sup> MACÊDO, op. cit., p. 389-390.

<sup>385</sup> MARINONI, op. cit., p. 391-392.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 346.

<sup>387</sup> MACÊDO, op. cit., p. 408.

donde se extraiu o precedente, “caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução”<sup>388</sup>.

Por estas técnicas básicas, que acabam por conter especificidades que aqui não serão analisadas, já que não se está a tratar da construção de uma teoria dos precedentes, pode-se perceber que o argumento do engessamento é equivocado de nascença, porque, geralmente, vem baseado em ideais positivistas que depositam no texto da lei uma confiança exacerbada como fator de mudança.

Dessa maneira, um sistema de precedentes corretamente estruturado há de prever as possibilidades de alteração do entendimento e conferir ao julgador a iniciativa de interpretar e, a partir disso, adequar a *ratio* ao caso concreto.

Tudo isso exige exercício de fundamentação, evidentemente, o que faz com que se volte à questão da necessidade de obediência aos comandos do princípio da motivação das decisões judiciais.

Respeitar precedentes não é enaltecer suas razões determinantes, é interpretá-los e, a partir disso, conferir coerência e integridade ao ordenamento jurídico, promovendo segurança jurídica, igualdade e, de consequência, democracia.

### 3.2.3 A posição das cortes de vértice como cortes de precedentes

No âmbito da doutrina brasileira, dois trabalhos ganham destaque no que tange à ideia de um sistema de justiça civil com cortes supremas formadoras de precedentes. Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni trabalham com a perspectiva de cortes de vértice, o primeiro sustentando um modelo a partir do STF e do STJ e o segundo fazendo uma análise mais aprofundada e específica sobre a posição do STJ.

Mitidiero apresenta na sua obra dois modelos básicos para as cortes de vértice. O primeiro modelo é o de Cortes Superiores, que ele assim caracteriza:

O primeiro modelo parte de uma perspectiva *cognitivista* ou *formalista* da interpretação jurídica e encara a corte de vértice como uma *corte de controle da legalidade das decisões recorridas*, que se

---

<sup>388</sup> MARINONI, op. cit., p. 346-347.

vale da sua *jurisprudência* como um simples *parâmetro para aferição de erros e acertos* cometidos pelos órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias na decisão dos casos a eles submetidos. A atividade da corte é *reativa* e preocupa-se com o *passado*. O recurso dirigido pela parte à corte é fundado no *jus litigatoris* e essa tem *pouca autonomia* para gerir sua própria atividade. A interpretação do Direito aí é apenas um *meio* para viabilização do *fim* controle da decisão recorrida. No modelo de Cortes Superiores, a *uniformização da jurisprudência* tem um papel meramente instrumental, de modo que o *desrespeito* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem as instâncias ordinárias é visto como algo *natural* e em certa medida até mesmo *desejável* dentro do sistema jurídico.<sup>389</sup>

Como se vê, a caracterização desse modelo de cortes superiores é a descrição do atual estado de arte no Brasil. STJ e STF são entendidos, em muitos aspectos, como cortes de controle e que têm por finalidade uniformizar a jurisprudência, sem que esta, no entanto, tenha caráter vinculante para eles próprios e para as instâncias inferiores, que se sentem livres para discordar do entendimento – ainda que pacificado – em nome da independência do julgador, usada para encobrir a discricionariedade.

O segundo modelo indicado por Mitidiero, e em cuja perspectiva ele apresenta sua proposta para a transformação da justiça civil brasileira, é o modelo de cortes supremas, que

(...) parte de uma perspectiva *cética* ou *antiformalista* da interpretação jurídica, notadamente na sua versão *lógico-argumentativa*, e encara a corte de vértice como uma *corte de adequada interpretação do Direito*, que se vale dos seus *precedentes* como um meio para *orientação* da sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do *significado* que deve ser atribuído aos enunciados legislativos. A atividade da corte é *proativa* e encontra-se endereçada para o *futuro*. O recurso dirigido pela parte à corte visa a viabilizar a tutela do *jus constitutionis* e a corte dispõe de *ampla autonomia* para gerir a sua própria agenda. A corte *autogoverna-se*. A interpretação do Direito é o *fim* da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o *meio* a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função. No modelo de Cortes Supremas, a *formação do precedente* tem um papel central, de modo que a *violação* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como uma *grave falta institucional* que *não pode ser tolerada* dentro do sistema jurídico.<sup>390</sup>

<sup>389</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 11.

<sup>390</sup> Ibidem, p. 11-12.

Já Marinoni parte da posição do STJ, com a sua função de conferir unidade ao direito federal infraconstitucional, passa pela análise da interpretação do direito e a distinção entre os conceitos de texto e norma e pela necessidade de se conferir interpretação uniforme a fim de que a igualdade seja efetivamente tutelada. Para tanto, enfrenta as ideias que considera inadequadas de que o STJ é uma corte de controle, de que os juízes são livres para decidir, de que são sujeitos apenas à lei e não ao entendimento dos tribunais e o princípio da separação dos poderes.<sup>391</sup> A sua defesa pode ser sintetizada dessa maneira:

O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem no STJ a Corte Suprema com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. O STJ é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vale dizer: o STJ é uma Corte incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando o seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou de interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida para a Corte de Cassação em seu modelo tradicional.<sup>392</sup>

Diante disso, ao enfrentar os obstáculos que vislumbra no caminho para o STJ transformar-se em uma corte suprema, Marinoni propõe o seguinte: a) que o requisito de “contrariedade à lei” seja entendido como “contrariedade ao sentido outorgado à lei pelo Superior Tribunal de Justiça”, com exceção dos casos em que ele ainda não o tenha firmado; b) que seja dado um fim ao “lamentável e patético círculo vicioso” no uso equivocado da técnica da divergência, de maneira que seja atribuída autoridade aos precedentes do STJ para “quebrar a cadeia progressiva de decisões contraditórias dos vários tribunais ordinários”, restando a utilização desta técnica “apenas quando, havendo interpretações diferentes acerca de uma mesma lei federal, não existir precedente firmado pela Corte Suprema”; c) que se abandone a ideia de que o STJ é uma corte de controle, de modo que o tribunal seja compreendido como uma corte de precedentes e passe a dedicar-se às questões federais “novas”, em virtude do respeito aos precedentes já firmados; d) que se supere a ideia de que o juiz, sendo livre para decidir, não possa ser submetido às

---

<sup>391</sup> MARINONI, op. cit., 2013.

<sup>392</sup> Ibidem, p. 115.

decisões do STJ, apenas à lei, pois isso implica em “irresponsavelmente admitir que o juiz não tem compromisso com o Direito e com o Poder de que faz parte”; e) que, por fim, a eficácia obrigatória dos precedentes seja compreendida como uma “técnica indispensável quando se tem consciência da participação do Judiciário na construção do direito”, vale dizer, disso depende a estabilidade do direito.<sup>393</sup>

Pelo que se vê dessa breve síntese do que propõem Marinoni e Mitidiero, um projeto de justiça civil que tenha como meta promover segurança jurídica e igualdade passa necessariamente pelo respeito aos precedentes. No entanto, no ponto anterior, como antecedente de um sistema de precedentes apto a conferir segurança e igualdade, há a questão da construção da decisão judicial.

A transformação do STJ e do STF em cortes supremas, com capacidade de autogestão, como quer Mitidiero, implica na necessidade de compreensão adequada das exigências de fundamentação. Enquanto ainda se estiver lutando para convencer os julgadores do óbvio (que as decisões devem ser fundamentadas adequadamente), parece ser um risco a defesa da ideia de compreensão dos tribunais de vértice como cortes supremas.

É possível que nesta quadra da história essa ideia seja interpretada como mais uma concessão para o cometimento da discricionariedade.

Da leitura das obras de Marinoni e Mitidiero ressaí a conclusão de que eles lutam contra a discricionariedade, mas já operam em um nível superior e propõem soluções práticas para reconstrução do sistema de justiça, talvez supondo que o básico já tenha sido compreendido pelo julgador.

Entretanto, esse posicionamento, quiçá, seja por demais otimista. As ideias de decisão conforme a consciência estão exageradamente fortalecidas e antes precisam ser aniquiladas para que se possa atribuir aos tribunais de vértice a tão vantajosa quanto perigosa pecha de cortes supremas.

---

<sup>393</sup> Ibidem, p. 120-135.

### 3.2.4 A problemática da *ratio decidendi*

Talvez a maior problemática que deverá ser enfrentada para a consolidação de um sistema de precedentes no Brasil seja a relativa à *ratio decidendi*. A doutrina do *common law*, que de há muito debate sobre o tema, ainda não logrou êxito em encontrar um conceito unívoco e um método específico para a localização da *ratio*. Isso indica que o caminho no *civil law* será ainda mais tortuoso.

Já de antemão é necessário estabelecer que a *ratio decidendi* será a parcela vinculante da decisão judicial, enquanto que os *obiter dicta* serão “os discursos não-autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais”<sup>394</sup>.

Bustamante identifica uma mudança paradigmática na forma de pensar a interpretação dos precedentes judiciais que se operou com a superação do positivismo jurídico. Para ele, enquanto ainda tinham força as ideias positivistas, no sentido de atribuir poder criador do direito aos julgadores, o que se buscava eram limites para frear a discricionariedade. Com a chegada dos ideais pós-positivistas, observa-se uma mudança radical já no fundamento da obrigação de seguir os precedentes<sup>395</sup>, a saber:

Devemos seguir precedentes não mais apenas porque eles constituem Direito positivo formalmente produzido por alguma autoridade institucionalmente autorizada a criar Direito, mas porque os precedentes passam a ser vistos como uma exigência da própria ideia de “razão prática”. Não pode haver um sistema jurídico racional sem um método universalista e imparcial de aplicação do Direito positivo. Podemos observar, na interpretação e aplicação dos precedentes, a mesma tensão entre *ratio et auctoritas* que caracteriza o Direito positivo de modo geral.<sup>396</sup>

Isso indica, então, a interdependência do direito e da moral. Aquele sem esta se transforma em uma prática arbitrária, perdendo o seu aspecto ideal. Esta sem a facticidade daquele “é um mero sistema de saber cultural que carece de qualquer garantia de eficácia”<sup>397</sup>, de maneira que se afigura necessária a discussão sobre o conceito de *ratio decidendi* para além daquele realizado à luz das ideias positivistas, que desembocaram no posicionamento segundo o qual a vinculação do

<sup>394</sup> BUSTAMANTE, op. cit., p. 252.

<sup>395</sup> Ibidem, p. 253-254.

<sup>396</sup> Ibidem, p. 254.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 254.

precedente estava ligada às questões fáticas do caso e não à sua fundamentação.

A teoria do precedente construída por Bustamante é de ordem normativa. Ele abandona a ideia de uma teoria descritiva e o seu questionamento é: “O que *deve* contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”<sup>398</sup>.

Para responder à indagação, o autor inicia abandonando a ideia positivista de que “o juiz cria por sua própria autoridade institucional o direito jurisprudencial”, pois discorda da distinção feita pela doutrina entre fatos e normas, como um meio de limitar o poder jurisdicional, atribuindo aos fatos um papel preponderante na determinação da *ratio* e deixando as normas em segundo plano. Em um segundo momento, Bustamante realiza uma aproximação entre a teoria positivista e a teoria declaratória, para dizer que os juízes possuem determinado poder de criação, mas que também “estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional”. Afirma, ainda, que “nem sempre é possível uma única resposta correta a partir dos princípios jurídicos”.<sup>399</sup>

Com isso, defende, a partir de uma visão procedimentalista, que se rechace a ideia de que em cada caso há apenas uma *ratio* e afasta a tese positivista de que as razões do julgador são irrelevantes para encontrá-la, afirmando que “é nas normas *adscritas*<sup>400</sup>, encontradas na fundamentação que o juiz dá à sua decisão, que se deve buscar as regras que podem servir como paradigmas para resolver casos futuros”. A partir disso, surge a dificuldade de se admitir a existência de *ratio decidendi* de um determinado tribunal em que o colegiado tenha decidido de uma mesma forma, mas por razões diversas. Nesse caso, Bustamante afirma não haver uma *ratio* do tribunal, dada a inexistência de consenso, havendo déficit no seu caráter vinculante, nada impedindo, entretanto, “que se possa falar em uma *ratio decidendi* da opinião de *um juiz* e que a regra inferida dessa *ratio* seja utilizada como precedente em um caso futuro”, com menor autoridade, no entanto.<sup>401</sup>

Assim, Bustamante propõe que se admita a possibilidade de que a decisão

---

<sup>398</sup> Ibidem, p. 259.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 263-265.

<sup>400</sup> Aqui o autor parte do conceito de Alexy, para dizer que “normas *adscritas* são normas criadas no processo de concretização do direito, seja pelos Tribunais ou pelo legislador que especifique um determinado Direito Fundamental” (Ibidem, p. 269-270).

<sup>401</sup> Ibidem, p. 271-273.

judicial apresente uma cadeia de razões, descobertas a partir de

uma *série* de silogismos onde, por exemplo, o enunciado que está na conclusão de um raciocínio interpretativo sobre uma norma (um silogismo interpretativo) é ao mesmo tempo a premissa maior de um silogismo em que os fatos relevantes para a justificação da decisão final formam a premissa menor. Portanto, em cada caso nós não iremos encontrar *uma*, mas várias *rationes* diferentes. O problema que ainda permanece não é como encontrar a (única possível) *ratio decidendi*, mas qual peso ou força nós devemos atribuir à *ratio decidendi que está sendo usada* como uma *norma adscrita* no caso presente.<sup>402</sup>

A partir disso, o autor passa a analisar a problemática da forma a ser conferida às *rationes decidendi* encontradas nas decisões. A perspectiva de Thomas Bustamante é a da argumentação jurídica e ele segue por esse caminho durante toda a sua obra. O propósito desta pesquisa não está em analisar a forma como serão construídos os argumentos para a aplicação do precedente, tema que se considera importante, mas que está localizado em um estágio mais avançado. A problemática da pesquisa é anterior, de ordem interpretativa e não argumentativa.

Aqui os olhos estão voltados à forma como são interpretados os precedentes e à compreensão da posição ocupada pela decisão judicial nesse cenário. Como visto no capítulo anterior, embora já se viva na pós-modernidade, há ainda quem acredite no poder discricionário do juiz como fator de correção de desvios no sistema jurídico, não se atentando que a própria discricionariedade é um dos mais graves desvios do sistema.

Admite-se que o processo argumentativo de construção da decisão judicial é importante para que o julgador explicita de forma honesta como procedeu no estágio antecedente, na interpretação, entretanto, a fim de evitar qualquer desvio significativo de rota, não se entrará nesta seara.

A posição de Thomas Bustamante, então, ganha relevância nesta pesquisa a partir da sua visão da interpretação, no entanto, rejeita-se aqui a ideia defendida pelo autor da possibilidade de existência de mais de uma resposta correta e se assume, uma vez mais, a posição de Dworkin e Streck.

O alerta feito por Bustamante de que a extrema vinculação do conceito de *ratio* aos fatos da causa donde nasce o precedente, como forma de limitação à

<sup>402</sup> Ibidem, p. 282.

discricionariedade positivista é que servirá de norte para a análise que se segue, a fim de que as leituras dos autores do *common law* pelos autores brasileiros seja compreendida e que a busca pelo conceito de *ratio decidendi* não signifique um reforço às teses positivistas já rechaçadas no segundo capítulo.

Na sua obra de referência sobre o assunto, Marinoni, depois de analisar a problemática da *ratio* no *common law*, parte para a elaboração de um conceito para o direito brasileiro e já inicia afirmando o grande relevo dado, no *common law*, aos fatos do caso, “seja quando da elaboração do precedente, em geral nos *hard cases*, seja quando da análise e da aplicação dos precedentes”.<sup>403</sup>

Para Marinoni, o sistema brasileiro apresenta algumas particularidades que devem ser levadas em consideração, a fim de que o conceito de *ratio*, aqui, não fique vinculado às questões fáticas. Pelo alerta de Bustamente, até mesmo no *common law* essa preocupação deve existir, buscando-se as *rationes* também na fundamentação. A bandeira de Marinoni é levantada a partir do que ele denomina de “precedentes interpretativos”, aqueles formados a partir de decisões que tratam exclusivamente de questão de direito e de decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, que ocorrem no direito brasileiro e que estão listados pelo NCPD como fontes de decisões vinculantes.<sup>404</sup>

Na mesma linha de Marinoni, Lucas Buriel de Macêdo faz interessante crítica a autores brasileiros que afirmam que a *ratio* estaria na fundamentação, pois “essa perspectiva parte de um engano que foi muito comum em relação à lei no positivismo legalista”. Para ele, *ratio* é norma jurídica, nos seguintes termos:

A norma jurídica encontra-se no plano do pensamento e não se confunde com o dado textual do qual ela é extraída, embora o texto seja de extrema relevância para sua definição. Essa lição aplica-se independentemente da fonte em questão, lei ou precedente. Ora, se é um grande equívoco confundir *texto da lei* e *norma*, o mesmo se aplica à confusão entre *texto da decisão ou da fundamentação* e *norma* (do precedente), e é, diante desses problemas, indispensável a realização de uma integração dos precedentes judiciais obrigatórios à compreensão da teoria da norma usualmente aplicada à lei, nos moldes do direito brasileiro.<sup>405</sup>

Diante dessa tomada de posição, o autor rechaça a ideia de encontrar um

<sup>403</sup> MARINONI, op. cit., p. 252.

<sup>404</sup> Ibidem, p. 255.

<sup>405</sup> MACÊDO, op. cit., p. 318-319.

método adequado *a priori* para a localização da *ratio*, pois isso “dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso” e finaliza afirmando que o que ganha relevância nesse quadro é “o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal”, indicando que no modelo brasileiro poderá haver maior facilidade para a localização da *ratio* caso se tome como ponto de partida os métodos já existentes de interpretação dos textos legais.<sup>406</sup>

Então, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* é fruto da interpretação que se faz da decisão judicial, de maneira que somente se pode interpretar adequadamente algo que tenha sido adequadamente construído, razão pela qual se afigura de extrema relevância a obediência aos cânones que afastam a discricionariedade judicial e limitam os decisionismos. E aqui vale ressaltar que a ideia de autoridade do precedente em decorrência da posição do órgão jurisdicional no sistema de justiça (por exemplo, as cortes supremas de Marinoni e Mitidiero) não deve ser encarado como algo absoluto. A vinculação do precedente exige que se afira, antes, a sua força hermenêutica, ou seja, o conteúdo há de ser analisado de forma mais detida para que se conclua sobre a sua autoridade.

É necessário destacar que o problema da construção judicial é, ao mesmo tempo, antecedente e conseqüente da problemática do precedente. É uma problemática circular: se a *ratio* é retirada da decisão por meio da interpretação, a fim de ser utilizada em uma decisão posterior, é de fundamental importância que a decisão primeira, que formará o precedente, seja adequadamente construída, para possibilitar uma correta interpretação do seu texto e uma adequada aplicação da sua *ratio*, que passa a ser um dos requisitos para a correção da decisão posterior.

Este é o ponto central deste trabalho, de maneira que se pode estabelecer como critérios formais de uma decisão que se pretenda hábil a formar um precedente que ela: 1) tenha obedecido ao comando do contraditório substancial, resultando de uma construção conjunta, a partir do efetivo diálogo entre e com as partes a respeito do quanto discutido na demanda; 2) tenha passado ao largo de qualquer movimento discricionário baseado nas equivocadas ideias de liberdade de julgar; 3) tenha apresentado de forma clara os fundamentos que levaram ao

---

<sup>406</sup> Ibidem, p. 322.

convencimento judicial, com a apresentação, inclusive, dos fundamentos que fizeram cair por terra os argumentos em sentido contrário, em uma perspectiva de resposta completa.

Desse modo, diante de uma iniciativa democratizante da decisão judicial, a aplicação correta de um sistema de precedentes não pode ignorar a questão da legitimidade do poder Judiciário. Se este poder é legitimado democraticamente por meio da fundamentação que apresenta para as suas decisões, não se pode admitir um sistema de precedentes baseado em decisões com déficit democrático.

Há que se analisar com extremo cuidado a defesa de um sistema de precedentes, pois antes de se buscar a racionalidade das decisões judiciais como um fator de diminuição do número de litígios e, conseqüentemente, da desumana carga de trabalho que assola o Judiciário, há que se implementar um sistema decisório que prime pelo princípio democrático, que seja formalmente adequado à exigência de fundamentação completa.

Um sistema de precedentes não deve servir unicamente ao propósito da redução de trabalho (aqui sob o aspecto quantitativo). Ela será uma consequência natural, a partir do momento que se formar uma cultura de atenção às decisões judiciais.

O advento do NCPC traz a esperança da racionalização, mas para isso urge que se revise a forma da construção da decisão judicial. O novo texto legal já traz as exigências de fundamentação completa de forma explícita, que é o que se vê no artigo 489, mas somente isso não é suficiente para que a prática jurídica seja remodelada.

Há no Brasil o fantasma das “leis que não pegam” e o movimento engendrado pelas três principais associações de magistrados brasileiros (AMB, AJUFE e ANAMATRA), solicitando o veto, pela Presidência da República, ao disposto no artigo 489/NCPC é um sério indicativo do déficit democrático do Judiciário, que pode levar à relativização das exigências de fundamentação ou, em um cenário pior ainda, à não aplicação das imposições legais.

Por fim, no aspecto substancial, é importante que a decisão de onde se quer extrair a *ratio* tenha encontrado uma resposta correta, ou seja, tenha sido construída dentro de uma perspectiva de coerência e de integridade e com

fundamento na ordem constitucional em vigor.

## CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que: 1) atualmente já não se pode mais refutar institutos jurídicos com base na distinção entre os sistemas de *civil law* e *common law*, em razão da constante interpenetração de influências e dos benefícios que podem ser observados a partir dessa mescla; 2) não se pode confundir os conceitos de precedente, súmula e jurisprudência, eis que se tratam de institutos diversos, que exigem interpretação diferente e com efeitos práticos também diferentes, de modo que quando se opera a confusão entre eles, parte-se de premissas equivocadas, que podem comprometer seriamente a aplicação do direito; 3) o julgador não pode ser considerado livre para decidir, em nome da sua independência, já que ela é uma forma de livrar o juiz de ingerências indevidas e não uma abertura para que o juiz desobedeça a lei ou as próprias decisões do poder de que faz parte; 4) um sistema de precedentes corretamente estruturado é um fator de promoção da igualdade e da segurança jurídica; 5) o Estado de Direito deve apresentar justificativas para sua atuação, de modo que, no Judiciário, há a exigência de fundamentação das decisões, que deve ser realizada de forma completa, em atenção ao princípio do contraditório, na sua visão substancial, superando-se a ideia de livre convencimento motivado, tendo em vista que o julgador estará sempre vinculado, mesmo na valoração das provas, atingindo-se o ideal democrático que confere legitimidade à atividade judicial; 6) a discricionariedade deve ser superada em todos os seus aspectos, não significando que os dilemas do pós-positivismo sejam uma porta aberta para decisões conforme a consciência do julgador e, sim, que os princípios jurídicos sejam fatores de fechamento da interpretação; 7) a resposta correta será encontrada a partir de uma interpretação que leve em conta os conceitos de integridade, coerência e adequação da decisão às disposições constitucionais; 8) o aumento significativo da litigiosidade a partir da Constituição Federal de 1988 é decorrência, em grande medida, da posição ocupada pelo próprio Estado no rol dos grandes litigantes e da própria indefinição sobre a interpretação do direito gerada pelas decisões díspares do Judiciário, de modo que o acesso à justiça, nessa perspectiva de combate à cultura da litigiosidade não deve ser interpretado de modo restritivo; 9) a ideia de jurisprudência defensiva não se coaduna com o ideal da resposta correta no direito,

pois implica em entraves formais para a análise do que se discute nos recursos, infringindo o ordenamento jurídico e criando restrição ao direito fundamental de acesso à justiça; 10) embora o NCPC tenha abandonado a ideia de tratar de forma mais específica sobre o sistema de precedentes, o fato de haver dispositivos que tratam da necessidade de conferir integridade, coerência e estabilidade à jurisprudência obriga a compreensão do sistema de precedentes e da sua correta aplicação, para além até da mera compreensão de um sistema de promoção do direito jurisprudencial, sob pena de restar inócua a mudança legislativa; 11) o alegado engessamento que seria causado por um sistema de precedentes não passa de um erro de perspectiva, porque a adequada compreensão da problemática leva justamente a um destino diverso, em que se tem flexibilidade do direito, que decorre das técnicas de superação do precedente; 12) a ideia de recompreensão do sistema de justiça civil, para que se entenda que as cortes de vértice devem ser entendidas como cortes supremas, de construção de precedentes é o caminho ideal, entretanto, antes disso é necessário que se supere a ideia de discricionariedade judicial, a fim de que a capacidade de autogestão das cortes supremas não implique em salvo-conduto para decisionismos; 13) e, por fim, na síntese das conclusões, a *ratio decidendi* sendo compreendida como o fruto da interpretação que se faz da decisão judicial, seja extraída somente daquelas decisões que tenham sido adequadamente construídas, razão pela qual se afigura de extrema relevância a obediência aos cânones que afastam a discricionariedade judicial.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*, vol. 165, nov/2008, p. 218-228.

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?*. São Paulo: RT, 2001.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Em direção ao common law?. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *O processo em perspectiva: Jornadas brasileiras de direito processual: homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2013.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Há uma só decisão correta?*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI201550,71043-Ha+uma+so+decisao+correta>. Acessado em: 01-04-2015.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manual de. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, vol. 96, out. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. *Revista de Processo*, vol. 71, jul. 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual* (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\_e\_constitucionalizacao\_do\_direito\_p  
t.pdf. Acessado em 01/02/2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. FUX, Luiz *et. al.* (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: RT, 2006.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Intertemas*, vol 13, 2008.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL, *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acessado em 20/04/2015.

BRASIL, CNJ. *100 maiores litigantes: 2012*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acessado em: 22/03/2015.

BRASIL, CNJ. *Justiça em Números: 2014, ano-base 2013*. Disponível em: [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf). Acessado em: 06/01/2015.

BRASIL, *Projeto de lei n. 8.046 da Câmara dos Deputados*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acessado em: 20/04/2015.

BRASIL, *Proposta de Emenda à Constituição n. 209/2012*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947>. Acessado em 04/12/2014.

BRASIL, STF. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.695*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2373898>. Acessado em: 03/01/2015.

BRASIL, STF. *AI 697840 ED*, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 15/03/2011, DJe-060 DIVULG 29-03-2011 PUBLIC 30-03-2011 EMENT VOL-02492-01 PP-00198.

BRASIL, STJ. 4ª Turma. *Recurso Especial nº 717265-SP*. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Decisão unânime. Brasília, 03.08.2006. DJ: 12.03.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015.

BRASIL, STJ. 5ª Turma. *Recurso Especial nº 717265-PR*. Relator: Ministra Laurita Vaz. Decisão unânime. Brasília, 26.06.2007. DJ: 06.08.2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015.

BRASIL, STJ. 6ª Turma. *EDROMS nº 9702-PR*. Relator: Ministro Paulo Medina. Decisão unânime. Brasília, 15.04.2004. DJ: 10.05.2004. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 17/01/2015.

BRASIL, STJ. *AgRg no Ag 815.186/RJ*, 1.ª T., j. 06.03.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJ 02.04.2007, p. 246.

BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 305.958/PA*, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013.

BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 382.112/PE*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe de 27/05/2014.

BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 439.864/PR*, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 11/2/2014.

BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 531.588/RJ*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 9/9/2014, DJe 16/9/2014.

BRASIL, STJ. *AgRg no AREsp 598.659/SP*, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 07/04/2015.

BRASIL, STJ. *AgRg no REsp 1.487.417/PR*, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 3/3/2015, DJe 10/3/2015.

BRASIL, STJ. *AgRg no REsp 1368169/DF*, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015.

BRASIL, STJ. *AREsp 547.635/RJ*, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 6/8/2014.

BRASIL, STJ. *EDcl no AgRg no AREsp 457.859/PR*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014.

BRASIL, STJ. *EResp 820.539/ES*, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe de 23/8/2010.

BRASIL, STJ. *REsp 1274551/RS*, 2.ª T., j. 11.10.2011, rel. Min. Humberto Martins, DJe 20.10.2011.

BRASIL, STJ. *REsp 1424164/SC*, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 16/04/2015.

BRASIL, STJ. *REsp 14945/MG*, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/1992, DJ 13/04/1992, p. 5002.

BRASIL, *Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 166/2010*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731). Acessado em: 20/04/2015.

BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 17/2013*. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=112088](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112088). Acessado em 04/12/2014.

BRASIL. STF. MS 26163. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/04/2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em: 17/01/2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de; DERZI, Misabel de Abreu Machado. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. FREIRE, Alexandre et. al. (Orgs.) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do NCP*. Salvador: JusPodivm, 2013, p.337.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista Ajuris*, n. 34. Porto Alegre, 1985.

CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. *Revista de Filosofía del Derecho DOXA*, n. 12, 1992.

CALSAMIGLIA, Albert. Por que es importante Dworkin?. *Revista de Filosofía del Derecho DOXA*, n. 2, 1984.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 21, 1998, p. 212. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>. Acessado em 31/01/2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, volume I. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie imediato pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/66-artigos-abr-2008/5976-julgamento-prima-facie-imediato-pela-tecnica-do-artigo-285-a-do-cpc>. Acessado em: 03/01/2015.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, vol. 786, abril-2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência: a independência do juiz frente aos precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 231, maio/2014.

CARVALHO, Lucas Borges de. Decisão judicial e resposta correta: o problema da objetividade na interpretação constitucional. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Núm. 2, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONJUR. *Juizes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acessado em: 12-04-2015.

CONJUR. *Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>. Acessado em: 21/04/2015.

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 3ª ed. Oxford: Clarendon, 1979.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial. In: *Direito jurisprudencial*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas*. Disponível em: [www.justificando.com.br](http://www.justificando.com.br). Acessado em: 14-04-2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1. 11ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a fundamentação da decisão judicial*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acessado em: 18/01/2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2. 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo II, 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 4<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 201.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of the precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3<sup>a</sup> ed. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the Common Law*. Harvard: Harvard University Press, 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Rules of the Supreme Court of the United States 2013*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>. Acessado em: 30/08/2014.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5<sup>a</sup> ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.

FON, Vincy, PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, n. 26, ano 2006, p. 519–535. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33111-41760-1-PB.pdf>. Acessado em: 31/08/2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: [www.jota.com.br](http://www.jota.com.br). Acessado em: 14-04-2015.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, vol XL, n. 2, Dez-1930.

GRECO, Leonardo. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006.

- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 2, ano 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HELLMAN, Renê Francisco. Teoria da Decisão Judicial: o antecedente do precedente. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*, Rio de Janeiro, Ano 7, 12º vol, p. 706-721. jul. a dez. de 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LACERDA, Galeno. Revisão do conceito de federação. Sistema de recursos e de ações constitucionais. Abolição do mandado de injunção. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 3, abr-1993.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, vol. 120, fev/2005.
- LEDERMAN, Howard Yale. Judicial overruling: Time for a new general rule. *Michigan Bar Journal*, set. 2004, p. 21 e segs. Disponível em: <https://www.michbar.org/journal/pdf/pdf4article740.pdf>. Acessado em: 31/08/2014.
- LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, p. 110-113, Jan-1996.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6093-acoes-repetitivas-e-julgamento-liminar>. Acessado em: 03/01/2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: RT, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas de propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2012.

MARSHALL, Geoffrey. What is a binding in a precedente. In: MacCORMICK, Neil, SUMMERS, Robert (orgs.). *Interpreting precedents: A comparative study*. Aldershot: Ashgate.

MAUÉS, Antonio Moreira et. al. Súmula Vinculante e direito à igualdade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 6, ano 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 22ª tir. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como um prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. *Revista de Processo*, vol. 194, abril-2011.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, vol. 183, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª ed. rev. e atual. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2011.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis VS Direito jurisprudencial. FREIRE, Alexandre et. al. (Org.) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do NCPD*. Salvador: JusPodivm, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle, et. al. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 179-208, ano 2013.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Incidente de resolução de demandas repetitivas: uma proposta de interpretação de seu procedimento. In: FREIRE, Alexandre e outros. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, vol II. Salvador: Juspodivm, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina: história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, vol. 187, set-2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. Reforma do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 71, mar/2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: JusPodivm, 2012.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Ensaios e artigos*. Vol. I. Salvador: JusPodivm, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 45, abr./jun. 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules 1999*. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01#1.2>. Acessado em 27/06/2014.

REINO UNIDO. *Human Rights Act 1998*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Acessado em: 27/06/2014.

REIS, Alberto dos. Apud CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

ROQUE, André Vasconcelos. *A experiência das “class actions” norte-americanas: um ponto de reflexão para as ações coletivas no Brasil*. 2008. Vol. I, 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de pós-graduação stricto sensu, UERJ, Rio de Janeiro, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão no processo penal como bricolage de significantes*. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2004, Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/handle/1884/1203>. Acessado em: 24/01/2015.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da e outros. *Teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1983.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. In: *Isonomia*, n. 21, p. 217-251, Out. 2004.

STRECK, Lênio Luiz, MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, vol. 213, nov-2012.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?*. 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio. O Que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. In: HELLMAN, Renê Francisco; MARGRAF, Alencar Frederico. *Os efeitos do constitucionalismo*

*contemporâneo no direito: uma visão interdisciplinar*. Telêmaco Borba: Editora FATEB, 2014.

STRECK, Lênio. *Papai Noel: que nos embargos não mais se leia “nada há a esclarecer”!*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/senso-incomum-papai-noel-embargos-nao-leia-nada-esclarecer>. Acessado em: 20/01/2015.

TARUFFO, Michele. Le funzioni dele corti supreme tra uniformità e giustizia. Trad. João Eberhardt Francisco. São Paulo, *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, 26/08/14. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>. Acesso em 09/11/2014.

TARUFFO, Michele. Le funzioni dele corti supreme tra uniformità e giustizia. Trad. João Eberhardt Francisco. São Paulo, *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, 26/08/14. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>. Acesso em 09/11/2014.

TARUFFO, Michele. Os modelos processuais de civil law e de common law. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. IX, Processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado. São Paulo: RT, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de processo*, vol. 199, set. 2011.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista de Processo*, vol. 24, out/1981.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 2, p. 145-158, Jul-1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto e outros. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reporting cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2ª ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC (inserido pela Lei 11.232/2005)*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25880,101048-Sobre+a+necessidade+de+intimacao+pessoal+do+reu+para+o+cumprimento+da>. Acessado em: 03/01/2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 3. São Paulo: RT, 2007.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el Derecho inglés: Una visión desde la ciudadela. In: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n. 1, p. 37 – 83, ano 2008.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6<sup>a</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ZANETI JR. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.