PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO

Marcos Rezende

**PRECEDENTES, UMA CONTRIBUIÇÃO À
FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Belo Horizonte
2015

Marcos Rezende

**PRECEDENTES, UMA CONTRIBUIÇÃO À
FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R467p Rezende, Marcos
Precedentes, uma contribuição à fundamentação da decisão no estado democrático de direito / Marcos Rezende. Belo Horizonte, 2015.
180 f.

Orientador: Dierle José Coelho Nunes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Precedentes judiciais. 2. Direito comum. 3. Direito civil. 4. Decisão (Direito). 5. Direito processual constitucional. 6. Estado democrático de direito. 7. Julgamentos. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.953

Marcos Rezende

**PRECEDENTES, UMA CONTRIBUIÇÃO À
FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Érico Andrade – UFMG

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros – PUC Minas

Prof. Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron – FUMEC

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – PUC Minas

Belo Horizonte, 24 de abril de 2015

À Deus, pela permanente proteção.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Dierle José Coelho Nunes, pelo estímulo permanente a favor da divulgação dos trabalhos acadêmicos, pelas oportunas sugestões ofertadas no decurso da elaboração desta dissertação e pela paciência na orientação.

À Professora Dra. Flaviane de Magalhães Barros, pelo incentivo à pesquisa e pela elogiável metodologia aplicada na condução de sua disciplina.

Ao Professor Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, pela colaboração gratuita e pela disponibilidade nas revisões e sugestões na elaboração de textos acadêmicos.

Ao Professor Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques, pela ativa participação na construção do Estado Democrático de Direito.

Ao Professor Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pela seriedade na condução do aprendizado, pelo empenho na preservação da técnica e pelo apoio na divulgação e publicação de trabalho acadêmico.

Ao Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal, pelas inovadoras e intrigantes abordagens sobre o direito e o processo.

Ao Professor Dr. Antônio Cota Marçal, pela discussão aberta, contextualizada e incentivadora de temas complexos, atuais e tão importantes para o desenvolvimento do direito.

À Professora Dra. Lusia Ribeiro Pereira, pela contribuição ofertada ao projeto de minha pesquisa.

Ao Professor Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, pela disponibilidade e pela dedicação em enriquecer o estudo dos precedentes no direito brasileiro.

A todos os professores do Curso de Mestrado do Programa, pela contribuição no esforço de ampliar conhecimentos e criticar o *status quo* ainda pouco democrático das funções do Estado brasileiro.

Aos colegas, cujo convívio resultou em sólidas amizades.

RESUMO

Há uma urgente necessidade de mirar o sistema jurídico brasileiro sob a perspectiva democrática, participativa e discursiva. Em um mundo economicamente globalizado, torna-se impossível desprezar as influências dos sistemas jurídicos melhores estruturados sobre os demais. Nesta perspectiva incluem-se os precedentes do *common law*. Os precedentes deste sistema jurídico se fortaleceram a partir de uma matriz positivista, há muito sedimentada pelo princípio do *stare decisis*, que estabelece o respeito quase incondicional aos precedentes das cortes superiores às demandas posteriores. Procura-se demonstrar que os precedentes do *common law*, sob uma leitura participativa democrática, podem aprimorar a qualidade das decisões no direito brasileiro, contribuindo para a integridade do direito democrático. A aplicação dos precedentes, na perspectiva do *common law*, se comparada à aplicação costumeira da jurisprudência e dos enunciados de súmulas, no direito brasileiro, exige uma interpretação de maior densidade, considerando a dedicada análise das questões jurídicas envolvidas. No direito brasileiro, a jurisprudência e os enunciados das súmulas são tratados equivocadamente com *status* de normas gerais e abstratas, em frontal desconsideração dos fatos originários destas espécies normativas jurisprudenciais. A garantia constitucional da fundamentação da decisão compõe uma base principiologicamente uníssona, juntamente com o contraditório e a ampla defesa e devem ser exercitadas em um necessário esquema de codependência. O precedente, contextualizado democraticamente e se aplicado em conformidade com os atributos que lhe confere o novo Código de Processo Civil, contribuirá qualitativamente para a fundamentação das decisões, aumentando a confiabilidade no sistema jurídico, privilegiando a igualdade, a segurança e o processo constitucional democrático.

Palavras-chave: Precedentes. *Common law*. *Civil law*. Fundamentação da decisão. Processo constitucional. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

There is an urgent necessity to view the Brazilian legal system under the democratic, participatory and discursive perspective. In an economically globalized world, it is impossible to disregard the influences of the best legal systems structured on the others. This perspective includes the precedents of the common law. The precedents of this legal system increased their power from a positivist matrix, long settled by the principle of *stare decisis*, establishing almost unconditional respect to the precedents of the superior courts to subsequent cases. This text seeks to demonstrate that precedents of the common law, under a democratic participatory reading, can improve the quality of decisions in Brazilian law, contributing to the integrity of the democratic law. The application of the precedents, in the common law perspective, if compared to the usual application of case law and abridgments of decisions in Brazilian law requires an interpretation of higher density, considering the dedicated analysis of the legal issues involved. Under Brazilian law, case law and the statements of the overviews are treated with mistakenly general and abstract norms, in status front of the original disregard these facts normative jurisprudence species. The constitutional guarantee of the decision reasoning makes part of the unique base of the principles, along with the adversarial principle and plain defense principle and must be exercised in a necessary codependency scheme. The precedent, contextualized democratically and applied in accordance with the attributes that gives the new Civil Procedure Code, contributes qualitatively to the reasons for decisions, increasing reliability in the legal system, emphasizing equality, security and democratic constitutional process.

Keywords: Precedent. Common law. Civil law. Reasons for judicial decisions. Constitutional process. Law Democratic State.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O SISTEMA DO <i>COMMON LAW</i>	20
2.1. Breve estudo sobre o positivismo jurídico – origens e fundamentos ..	20
2.2. O positivismo jurídico e suas relações com o poder estatal	26
2.3. A matriz positivista do precedente vinculante no sistema do <i>common law</i> inglês	28
2.4. A importância dos procedimentos no <i>common law</i>	37
2.5. A influência do Estado Social e da Comunidade europeia no <i>common law</i> da Inglaterra	40
3. A CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO	45
3.1. A ciência do direito processual democrático	45
3.2. O processo constitucional e o poder discricionário do órgão julgador	57
3.3. O precedente como componente do modelo de integridade do sistema jurídico	62
3.4. Os precedentes e os casos difíceis	64
4. OS PRECEDENTES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	69
4.1. A construção do direito por meio da decisão	69
4.2. Os precedentes em sentido amplo e restrito	74
4.3. Os precedentes sob uma perspectiva processual democrática	84
4.4. A aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro	87
4.5. Os precedentes no novo Código de Processo Civil sob uma visão principiológica	91
4.6. <i>Ratio decidendi</i>	101
4.7. O princípio do <i>stare decisis</i> no novo Código de Processo Civil brasileiro	110
5. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO E OS PRECEDENTES	120
5.1. Fundamentação da decisão	120
5.2. Síntese histórica da fundamentação das decisões	127
5.3. Exigência democrática da fundamentação da decisão	132
5.4. O silogismo na fundamentação da decisão	146
5.5. Fundamentação da decisão e racionalismo	150
5.6. Decisões fundamentadas em ementas	152
5.7. Contribuição dos precedentes para a fundamentação da decisão	154
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico não se pode cristalizar, sob pena de tornar-se inútil à sociedade à qual se instalou. Os avanços e os retrocessos sociais exigem uma permanente adequação do sistema jurídico e não há como desprezar as influências de outros sistemas em um mundo globalizado economicamente.

Sob esta perspectiva, se apresenta o estudo dos precedentes judiciais, com especial destaque à sua contribuição para a fundamentação da decisão no Estado Democrático de Direito.

Os precedentes vinculantes, originários do sistema do *common law*, participam de uma matriz positivista, há muito sedimentada pelo princípio do *stare decisis*, que estabelece a sua obrigatória aplicação aos julgamentos posteriores.

Fator relevante no estudo dos precedentes se refere à autoridade que as cortes superiores exercem no sistema jurídico do *common law*. A literatura especializada cita com frequência a prevalência das cortes e a sua influência na condução dos casos, sequer considerando a participação democrática dos interessados na construção do precedente e de sua aplicação.

O problema que se pretende abordar, reporta-se à análise da possível contribuição da aplicação dos precedentes, para aprimorar a qualidade das decisões no Estado Democrático de Direito, adotando-se, com ajustes democráticos, a configuração que lhe é dada pelo sistema jurídico do *common law* e, desta forma, colaborar para a integridade do direito democrático.

Como premissa, concebe-se o precedente como gênero, que tem como espécies o precedente *stricto sensu*, os enunciados de súmula e a jurisprudência, considerando que a análise das questões de fato e de direito é requisito comum a todas as espécies.

A aplicação dos precedentes no sistema do *common law* exige maior densidade de interpretação, contemplando a análise fundamentada das questões fático-jurídicas envolvidas, situação que não corresponde à atual utilização da jurisprudência e dos enunciados de súmulas no sistema jurídico brasileiro, uma vez que estes são tratados como normas gerais e abstratas.

Apesar da forte influência positivista no sistema do *common law*, acredita-se que o precedente possa contribuir para melhorar a qualidade das decisões

jurisdicionais e para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, desde que a sua aplicação se faça sob uma leitura democrática .

Há que se considerar que a fundamentação da decisão compõe o rol de garantias constitucionais, em uma base principiologicamente uníssona, na qual, juntamente, com o contraditório, a ampla defesa, deve manifestar-se em um esquema de codependência, em uma concepção aproximada da garantia do tudo ou nada.

É possível afirmar que o precedente, contextualizado democraticamente, contribuirá para a melhoria da qualidade das decisões, aumentando a confiabilidade no sistema jurídico e privilegiando a segurança jurídica, a partir da construção participada de decisões democráticas fundamentadas corretamente.

A dissertação apresenta, inicialmente, um breve estudo sobre o positivismo jurídico e sua interseção com o *common law*, uma vez que o precedente deste se origina. Acredita-se que o estudo conceitual do sistema do *common law* auxilia no entendimento do funcionamento dos precedentes, para possibilitar uma posterior releitura democrática do instituto. Procura-se demonstrar que o precedente vinculante, originário no século XIX no sistema do *common law*, descende de uma matriz positivista que, em sua configuração original, pouco contribui para o processo constitucional democrático. Posteriormente, discute-se a importância dos procedimentos no sistema do *common law*, figuras semelhantes às adotadas no direito romano, na fase da *legis actiones*, demonstrando o formalismo do sistema inglês. Encerrando o primeiro capítulo, o estudo apresenta a dificuldade de adaptação do sistema do *common law* ao Estado Social de Direito e ao sistema jurídico da Comunidade europeia, da qual a Inglaterra é um dos participantes.

No capítulo seguinte, aborda-se a ciência do direito sob uma perspectiva democrática, em conformidade com o modelo de integridade de Dworkin. Faz-se uma análise do processo constitucional e a sua incompatibilidade com o poder discricionário do juiz. Estuda-se, a seguir, a contribuição do precedente para o modelo de integridade do sistema jurídico e como os precedentes podem auxiliar na solução dos casos difíceis.

No terceiro capítulo, elabora-se uma leitura dos precedentes no processo constitucional democrático e a construção do direito a partir da decisão jurisdicional. Na continuidade, os precedentes são estudados em sentido amplo e restrito, reforçando a necessidade de se aplicá-los sob uma perspectiva essencialmente

democrática, destacando-se como esta prática poderá ocorrer no sistema brasileiro. Ao final deste capítulo, faz-se uma incursão no projeto do novo Código de Processo Civil, especificamente no tratamento atribuído aos precedentes. Na sequência, critica-se a indefinição da noção de *ratio decidendi* e a possibilidade da aplicação do princípio do *stare decisis* no processo constitucional.

No próximo capítulo, se desenvolve o tema da fundamentação da decisão, utilizando a aplicação dos precedentes. Inicialmente, estuda-se, sinteticamente, o desenvolvimento histórico da fundamentação da decisão, defendendo as razões democráticas de sua exigência. A seguir, busca-se demonstrar a inutilidade do uso do silogismo para o estudo da fundamentação da decisão, bem como a influência do racionalismo nos sistemas jurídicos que adotam os precedentes vinculantes. Critica-se o costume judiciário brasileiro de fundamentar decisões a partir de ementas de acórdãos e, na sequência, apresentam-se as contribuições dos precedentes, a partir de uma releitura democrática, ao processo constitucional.

Assim, o estudo se desenvolve a partir de uma releitura democrática do direito, manifestando-se, favoravelmente, sobre a utilidade da aplicação dos precedentes no sistema brasileiro do *civil law*, a contribuir para a fundamentação da decisão e para a integridade do direito, ressaltando-se que a manutenção do precedente na esfera positivista pouco colabora para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O SISTEMA DO COMMON LAW

2.1. Breve estudo sobre o positivismo jurídico – origens e fundamentos

O estudo que se faz do positivismo jurídico tem a intenção de investigar as características desta teoria do direito¹ que se encontram presentes na formação dos precedentes vinculantes e em qual medida estes precedentes sofrem influência da matriz positivista. A partir desta investigação, verifica-se a possibilidade da releitura dos precedentes persuasivos e vinculantes a contribuírem para o processo como garantia no Estado Democrático de Direito.²

O positivismo jurídico pode ser considerado como uma vasta e complexa teoria,³⁻⁴ de origem incerta,⁵ que ao longo dos séculos se esforça para manter-se

¹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 71.

² Resumidamente, compreende-se o Estado Democrático de Direito como instituição despersonalizada pós-moderna, constituída sobre o substrato constitucional e democrático, em constante tensão com os discursos liberais e sociais, comprometida irrestritamente com a liberdade política de participação e com os direitos fundamentais para solucionar conflitos e dar soluções às vicissitudes originárias em uma sociedade complexa e heterogênea, por meio de procedimentos discursivos, realizados em contraditório. CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2.000, p. 67, 68, 69, 73, 81, 83. HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2ª. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2.003, vol II, p. 186. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 136, 137. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2.012, p. 126.

³ “O estudo comparativo de obras dedicadas ao tema em vários países indica que há várias maneiras para definir o positivismo jurídico. Qual deve ser a postura do estudioso diante dessa multiplicidade? [...]. Para tanto, devemos elaborar uma definição que seja suficientemente genérica para englobar todos os positivistas e, ao mesmo tempo, suficientemente restritiva para excluir as teorias não positivistas”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 71.

⁴ Marcelo Galuppo em sentido semelhante afirma que: “O termo Positivismo Jurídico tem sido utilizado de formas tão distintas e, por vezes, tão contraditórias, que, para não haver ambigüidade e vagueza, é preciso que esclareça o que devemos entender por ele [...]”. GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2.003, p. 159-195. Também: GREEN, Leslie. Legal positivism. **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2.009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 01/05/2.014.

⁵ Bobbio afirma que o positivismo jurídico se iniciou na Alemanha: “A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico - tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França” (grifos acrescidos). BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 15. Diversamente, Douglas E. Edlin assevera que “Like the common law, legal positivism originated in England. Curiously, given their shared birthplace, there is a widely

renovada,⁶ a partir de contribuições filosóficas.⁷ Há diversas correntes positivistas,⁸ nem todas claramente identificadas, inclusive contraditórias entre si,⁹ mas não há dúvida que o positivismo, se é assim que pode denominar-se uma teoria em constante metamorfismo, se mantém influente nos sistemas de direito atuais,¹⁰ mantendo forte e prevalente a estrutura hierárquica de poder.

held suspicion that legal positivism cannot fully account for the various ways in which legal rules are formulated within the common law tradition” (grifos acrescidos). Em tradução livre: “Como o *common law*, o positivismo jurídico se origina na Inglaterra. Curiosamente, dado o seu compartilhado local de nascimento [o *common law* e o positivismo], há uma suspeita generalizada de que o positivismo jurídico não pode explicar totalmente as várias maneiras em que as normas jurídicas são formuladas dentro da tradição do *common law*”. EDLIN, Douglas E. Introduction *In*: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 5. Dimitri Dimoulis assinala que: “O PJ [positivismo jurídico] não deve seu nome e seu objeto de estudo à visão positivista que foi desenvolvida nas ciências humanas a partir do século XIX. Sua origem está no termo *ius positivum* (ou *ius positum*), algo que se percebe mais claramente no termo ‘juspositivismo’. [...]. Pesquisas históricas revelam que termos relacionados com a positividade do direito foram utilizados na Europa a partir da terceira década do século XII, para indicar o direito criado e (im)posto pelo legislador. Os termos *iustitia positiva* se encontram pela primeira vez na obra Didascalicon de Hugo de Saint-Victor, escrita provavelmente em 1.127. A mais antiga referência aos termos *ius positivum* foi identificada em texto de Thierry de Chartres, jurista e teólogo francês, conhecido como Theodoricus. O texto em questão foi redigido alguns anos após a obra de Saint-Victor”. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 68.

⁶ “Na verdade, a teoria combatida [teoria pura do direito] não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu. Ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já anunciavam na ciência jurídica positivista do séc. XIX”. Prefácio da 1ª edição da Teoria Pura do Direito. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1.984, p. 8. “De todo modo, como sempre tem ocorrido, o positivismo discricionário, darwinianamente, acaba fazendo uma adaptação às novas/velhas circunstâncias, contornando o problema sem precisar abandonar a tese central que o sustenta: o máximo de subjetivismo para preservar as suas ‘reservas de sentido’, que serão utilizadas sempre que for necessário impor a vontade de poder” (grifo no original). STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 17.

⁷ AFONSO, Elza. M. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. 1.982. 312 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 6.

⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2.010, p. 120.

⁹ “La expresión ‘positivismo jurídico’ es intolerablemente ambigua. Se la ha usado e se la sigue usando para designar una variedad heterogénea de actitudes, tesis, concepciones y doctrinas, todas las cuales se relacionan, de distintas maneras, con el fenómeno social denominado ‘derecho’. Algunas de ellas son incompatibles entre sí. Otras están ligadas por lazos familiares. Por todo ello, para identificar la línea general de ideas de un jurista dado no basta, em la mayoría de los casos, com decir que es positivista. Además, cuando alguien dirige sus ataques, em forma indiscriminada, contra el ‘positivismo jurídico’, lo que quiere decir puede resultar muy confuso si no aclara em qué sentido está usando dicha expresión”. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª. ed, corr., ampl., 1ª reimpr. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.994, p. 322.

¹⁰ “O positivismo é uma posição filosófica que permanecerá em discussão enquanto ocorrer um debate sobre o conceito e a natureza do direito. O positivismo jurídico cai no espaço lógico das respostas possíveis à pergunta ‘o que é o direito?’, e ninguém poderá jamais dar uma resposta bem fundamentada a essa pergunta sem refutá-lo ou a seus opositores. Nessa medida, pode-se falar em um significado perpétuo do positivismo jurídico para a filosofia do direito”. ATIENZA, Manuel. Entrevista a Atienza. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do direito**. Org. e Trad: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.014, p. 327.

O positivismo jurídico, no século XX, procurou renovar-se na tentativa de eliminar o vínculo entre o direito e a moral,¹¹ a fim de possibilitar a justificação da existência da norma jurídica em si mesma,¹² sob a regência da autoridade estatal na aplicação do direito, contexto não afeiçoado com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Tão abrangente é a teoria positivista do direito, que sua presença é marcante tanto no sistema do *civil law*, como no do *common law*, os quais se posicionam como os principais modelos de sistemas jurídicos do ocidente.¹³

O positivismo jurídico apoia a sua formação e o seu desenvolvimento em estruturas estatais, sem a preocupação com os fundamentos da democracia ou do Estado de Direito.¹⁴ Os direitos que se reconhecem neste modelo são aqueles que as autoridades estatais consideram como tais,¹⁵ legitimados por atos legislativos,¹⁶

¹¹ “Conforme entende Kelsen, as idéias que se encontravam em germe no positivismo do século XIX não foram suficientemente desenvolvidas para imprimirem uma direção nova à ciência do direito. Embora tenha abraçado o positivismo e abandonado a doutrina do direito natural, a ciência jurídica, desenvolvida durante o século XIX e no decurso do século XX, conservara as tendências ideológicas de justificar o direito pela moral, por juízos de valor e pelos ideais de justiça [...]”. AFONSO, Elza. M. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. 1.982. 312 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 13. “Rules that confer rights, though distinct from commands, need not be moral rules or coincide with them. [...] Nor need rules which confer rights be just or morally good rules”. Em tradução livre: “As regras que conferem direitos, embora distintas dos comandos, não precisam ser regras morais ou coincidirem com elas. [...] Nem precisam as regras que conferem direitos ser justas ou moralmente boas”. HART, H. L. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard law review**, vol. 71, nº. 4, fev., 1.958, p. 593-629. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338225>>. Acesso em: 05/05/2.014.

¹² LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p.19.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 70.

¹⁴ “Whether a society has a legal system depends on the presence of certain structures of governance, not on the extent to which it satisfies ideals of justice, democracy, or the rule of law. What laws are in force in that system depends on what social standards its officials recognize as authoritative; for example, legislative enactments, judicial decisions, or social customs”. Em tradução livre: “Se uma sociedade tem um sistema jurídico, ela depende da presença de certas estruturas de governo, não na medida em que são satisfeitos ideais de justiça, da democracia, ou do Estado de direito. As leis que estão em vigor nesse sistema, dependem de quais padrões sociais são reconhecidos, por seus agentes, como autorizados; por exemplo, atos legislativos, decisões judiciais, ou costumes sociais”. GREEN, Leslie. Legal Positivism. **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2.009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 01/05/2.014.

¹⁵ Nesse sentido, a crítica de Alexandre Bahia e Dierle Nunes: “O que se critica é que após todos os avanços da teoria do direito e da ciência jurídica, se aceite a reprodução, mesmo sem se perceber, de uma peculiar aplicação do positivismo normativista da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), que defendia a capacidade do Judiciário criar conceitos universais; um sistema jurídico fechado que parte do geral para o singular e que chega a ‘esse’ geral com a negligência às singularidades. Perceba-se: nos séculos XVIII e XIX acreditava-se que o legislador poderia fazer normas ‘perfeitas’, gerais e abstratas de tal forma que seriam capazes de prever todas as suas hipóteses de aplicação. Descobrimos no século XX que isso não é possível (que, e.g., por detrás de toda pretensa objetividade da lei estavam os preconceitos daquele que a aplicava). Agora, em fins do século XX e início deste apostamos, mais uma vez, no poder da razão em criar regras perfeitas,

decisões judiciais e costumes sociais, sem preocupações com o mérito de tais atos,¹⁷ tal como afirma Austin:

A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra, saber se é ou não, é uma investigação; saber se é ou não, conforme um suposto padrão, é uma investigação diferente (tradução livre).¹⁸

Para o positivismo, no sentido filosófico, o direito se refere a um agrupamento de normas, cuja validade está depositada nos atos de autoridades constituídas e somente podem ser revogadas por atos da mesma ou de autoridades superiores.¹⁹

Em razão de o objeto do presente estudo se desenvolver em torno do precedente judicial na construção participada da fundamentação da decisão, não se pode desconsiderar a análise do positivismo. A presença dos precedentes em sistemas positivistas, como o do *common law*,²⁰ não retira dele o mérito de possibilitar a melhoria qualitativa do sistema jurídico, razão pela qual se avalia a possibilidade de sua releitura no contexto do processo constitucional no Estado Democrático de Direito, considerando a sua importante contribuição na formação da fundamentação das decisões.

Quando se estuda o *common law*, duas espécies de costumes podem ser consideradas, a primeira, formulada por uma comunidade de sujeitos de direitos (*customs in pays*), e a outra espécie, se referindo ao costume formulado por autoridades que exercem a função jurisdicional (*customs in foro*),²¹ do qual é exemplo o precedente judicial vinculante.²² O direito costumeiro, de caráter

apenas que agora seu autor não é mais (só) o legislador mas (também) o juiz". BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>. Acesso em: 21/01/2.014.

¹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 493.

¹⁷ GREEN, Leslie. Legal Positivism. **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2.009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 01/05/2.014.

¹⁸ No original: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another, whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry". AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**. Ed. W.E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1.995, p. 157.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2.003, p. 74.

²⁰ GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 51.

²¹ GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 60. BENTHAM, Jeremy. **A comment on the commentaries and a fragment on government**. Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. New York: Oxford University Press, 1.977, p. 182-183.

²² GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 74.

normativo social,²³ apresenta algumas características, v.g., não é expresso, não é intencionalmente criado e depende da prática de comportamentos convergentes e continuados de vários atores.²⁴ Estas características, que também estão presentes na doutrina do precedente vinculante, apoiam a afirmação de considerá-lo, em sua origem, como espécie do costume judicial.

No sistema do *common law*, o ordenamento jurídico autoriza ao juiz a criação e a aplicação do direito, no exercício de uma função estatal.²⁵ Neste contexto surgem os precedentes judiciais obrigatórios, em conformidade com o princípio do *stare decisis*. Sob esta perspectiva, não há dificuldade em associar os precedentes vinculantes ao positivismo, se se considerar entre os pressupostos deste último a reticência em relação à *equity*,²⁶ o desvincular-se da “lei” moral,²⁷ o direito como um fato e não como um valor, a coatividade do direito, a imperatividade das decisões e a completude do ordenamento, que no sistema do *common law* é favorecido pelo princípio do *judge-made law*.²⁸⁻²⁹

²³ GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 61.

²⁴ GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 63.

²⁵ GARDNER, John. Some Types of Law. In: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007, p. 75.

²⁶ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 224.

²⁷ Austin, ao se posicionar em favor da separação entre o direito e a moral, questiona Blackstone: “Sir William Blackstone, in the second section of his Introduction, talks in the following manner. He tells us ‘that the laws or God (whether they are revealed, or are indicated by general utility) are superior in obligation to any other laws: that no human laws are of any validity, if contrary to them: that all human laws which are valid, derive all their force, and all their authority, mediately or immediately, from those divine originals’, The foregoing passage would seem to import, that no human law which conflicts with the law of God, is obligatory or binding: or (changing the expression) that no human law which conflicts with the law of God, is a law imperative and proper. For as every imperative law necessarily imposes a duty, a law imperative, but not binding, implies a contradiction in terms”. Em tradução livre: “O Senhor William Blackstone, na segunda parte de sua Introdução, fala da seguinte maneira. Ele nos diz ‘que as leis de Deus (se elas são reveladas, ou são indicadas por utilidade geral) são superiores em obrigação a quaisquer outras leis: que não há leis humanas de alguma validade se contrárias a estas: que todas as leis humanas válidas derivam todas as suas forças e autoridades, mediatas ou imediatas, a partir das originais divinas’, a passagem anterior parece importar, que nenhuma lei humana, que está em conflito com a lei de Deus, é obrigatória ou vinculativa: ou (alterando a expressão) que nenhuma lei humana que conflita com a lei de Deus é uma lei imperativa e adequada. Pois, como toda lei imperativa, impõe necessariamente um dever, uma lei imperativa, mas não obrigatória, implica uma contradição em termos”. AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray, 1.832, p. 278.

²⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2^a. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 208. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 131-134.

²⁹ “The expression ‘positivism’ is used in contemporary Anglo-American literature to designate one or more of the following contentions: (1) that laws are commands of human beings; (2) that there is no necessary connection between law and morals, or law as it is and law as it ought to be; (3) that the

A teoria do precedente judicial *stricto sensu* se origina no *common law*, sustentado pelo direito judiciário³⁰ e pelo costume do sistema jurídico inglês. A sua principal função é implementar uma linearidade decisória no sistema jurídico, orientando o órgão julgador a procurar situações jurídicas semelhantes, decidindo também de forma similar, e, assim, promovendo o princípio da igualdade, resultando na confiança na jurisdição e em maior segurança jurídica para a sociedade. O *locus* representativo desta função se apresenta na fundamentação da decisão. É necessário, pois, que o desenvolvimento da função do precedente e a realização de todas as atividades da jurisdição estejam em conformidade com os princípios do Estado que os abriga.

Não há dúvida que o *common law* se caracteriza como uma espécie de direito jurisprudencial, que considera o processo como um dos seus elementos principais, em oposição aos sistemas de concepções romanistas, nos quais o processo é um acessório do direito material.³¹ O precedente obrigatório se mantém, no sistema do *common law*, consistente com o positivismo jurídico, uma vez que a sua aplicação está fortemente vinculada à autoridade do Estado,³² na atuação das cortes, com base em uma norma escrita, no caso, o próprio precedente.³³

Ainda que o desenvolvimento do precedente judicial *stricto sensu* tenha se dado sob o manto do positivismo jurídico, esta condição não impede a sua adoção

analysis or study of meanings of legal concepts is an important study to be distinguished from (though in no way hostile to) historical inquiries, sociological inquiries, and the critical appraisal of law in terms of morals, social aims, functions, &c.; (4) that a legal system is a 'closed logical system' in which correct decisions can be deduced from predetermined legal rules by logical means alone; (5) that moral judgments cannot be established, as statements of fact can, by rational argument, evidence or proof ('non cognitivism in ethics'). [...]. Em tradução livre: "A expressão 'positivismo' é usada na literatura anglo-americana contemporânea para designar uma ou mais das seguintes afirmações: (1) que as leis são comandos de seres humanos; (2) que não há nenhuma conexão necessária entre direito e moral, ou do direito como ele é, e o direito como ele deve ser; (3) que a análise ou estudo dos significados dos conceitos jurídicos é um estudo importante para ser distinguido de (apesar de nenhuma maneira hostil a) indagações históricas, indagações sociológicas e avaliação crítica do direito em termos de moral, objetivos sociais, funções, etc.; (4) que um sistema legal é um 'sistema lógico fechado' em que as decisões corretas podem ser deduzidas a partir de regras jurídicas predeterminadas somente por meios lógicos; (5) que os juízos morais não podem ser estabelecidos, como as declarações de fato podem, pelo argumento racional, demonstração ou prova ('não cognitivismo em ética'). [...]. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2ª ed. Oxford: Clarendon, 1.994, p. 302, nota p. 185.

³⁰ Direito judiciário no contexto deste trabalho se refere ao direito criado e aplicado pelos juízes das cortes do *common law*.

³¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 209.

³² "[...], porque a teoria jurídica dominante na Europa ainda é a positivista: para essa teoria, é direito apenas o positivo, ou seja, o estatuído pelo Estado". LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 318.

³³ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 382-383.

no sentido de aperfeiçoar o processo a ser construído em conformidade com o Estado Democrático de Direito, em um sistema *civil law*, como é o ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando a necessária conformação ao processo constitucional.

A fim de demonstrar a inconformidade do positivismo jurídico com o Estado Democrático de Direito e a aceitação acrítica dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, faz-se no próximo tópico a correlação entre o positivismo jurídico e o poder estatal.

2.2. O positivismo jurídico e suas relações com o poder estatal

Não há a pretensão, neste plano, de se criticar o positivismo jurídico sob o espectro da separação entre a moral e o direito, ou a respeito do seu repúdio ao suporte metafísico do direito,³⁴ aspectos nos quais não se põe em discórdia.

Procura-se, sob outro ponto de vista, observar a relação antagônica entre Estado Democrático de Direito e o positivismo jurídico, demonstrando a incoerência em se adotar a teoria positivista, para amparar a ciência do direito processual democrático, uma vez que o positivismo considera o direito como “uma imposição coercitiva feita pelos detentores do poder”.³⁵

O positivismo jurídico, ao representar um mecanismo de conservação do poder, privilegia o binômio hierarquia-autoridade, a promover sistemas de direitos, como se percebe na afirmação de Dimitri Dimoulis, a seguir assinalada:

A consolidação das premissas do positivismo jurídico se deu em paralelo à monopolização do poder político pelos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, relacionando-se com as idéias racionalistas sobre a criação e a aplicação do direito. Isso se verificou no século XIX sob o impulso das “grandes codificações” em muitos países europeus e em suas colônias ou ex-colônias. Nos países sem direito codificado, como acontecia no século XIX na Inglaterra e, em certa medida, na Alemanha, a visão juspositivista se consolidou graças à forte presença do Estado que conseguiu monopolizar a produção jurídica, fazendo com que os costumes fossem consolidados e parcialmente reformulados pelos tribunais estatais.³⁶

Na perspectiva positivista da hierarquia e da autoridade, percebe-se uma reciprocidade destas (hierarquia e autoridade) com o ordenamento jurídico e a

³⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 66.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 80.

³⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 70.

jurisdição, seguindo modelos semelhantes. De um lado, a hierarquia das normas, cuja validade se apoia nos fatos sociais³⁷ e na norma superior,³⁸ e de outro, a prevalência da hierarquia, explícita ou implícita, no exercício das funções jurisdicionais, subordinando os órgãos inferiores aos superiores,³⁹ ambas as estruturas objetivando a conservação estrutural do poder estabelecido.

Assim, as autoridades estatais se manifestam em *loci* privilegiados do poder, exercidos por órgãos jurisdicionais, tanto nos sistemas do *civil law*, como no *common law*, em contextos nos quais se prioriza o direito positivo (*civil law*) e naqueles em que o direito jurisprudencial (*common law*) é patrocinado.

Estas estruturas de poder procuram perpetuar-se, aderentes ao positivismo jurídico, no qual prevalece a autoridade estatal,⁴⁰ no exercício das funções jurisdicionais, no qual povo e Estado são entidades jurídicas distintas e inconciliáveis, ainda que sob a denominação de Estado de Direito.⁴¹

Em todos os sistemas jurídicos ocidentais atuais, no *civil law* e no *common law*, um amplo espaço de decisão é atribuído à discricionariedade dos órgãos julgadores, para que estes concretizem cláusulas originariamente abertas, em resposta às suas incertezas, ou para que desenvolvam e especifiquem normas abstratas a partir dos precedentes vinculantes.

³⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Editora Método, 2.006, p. 80.

³⁸ “As normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são - como o mostra a recondução à norma fundamental anteriormente descrita - um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras. [...] Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior” (grifos acrescentados). KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1.984, p. 277, 289.

³⁹ Ainda que explicitamente se declare a vinculação apenas administrativa.

⁴⁰ “Entretanto, o Estado hobbesiano era um Estado cuja **soberania** ainda se encontrava na pessoa do rei (absolutismo monárquico), como se vê em Maquiavel e Bodin, embora muitos atribuem a Hobbes o título de precursor do positivismo jurídico que, como já frisamos em ponto anterior, trocou as leis da natureza pelas **leis da razão** e permutou a ontologia pela metodologia do útil e do necessário. Hobbes, ao achar que o estado de natureza é um estado de anarquia de significados, preconizou o totalitarismo estatal em que as leis eram extraídas da racionalidade soberana do rei e dos governantes para a preservação da unidade, ordem e progresso das nações” (grifos no original). LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2.012, p. 26.

⁴¹ “Atualmente, a concepção de Estado de Direito não basta ao exercício do Direito em sua plenitude, porque o Estado autocrático é também um Estado de Direito em sua plenitude, com seu povo, sua soberania formal, sua constituição, seus parlamentos e tribunais regidos por leis restritivas de liberdade, dignidade política e econômica, impeditivas do exercício da cidadania e da liberdade de ampla crítica e processual participação popular na criação e reconstrução do Estado”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2.012, p. 28.

Não é crível que estas estruturas de poder, ainda, possam representar, na configuração da atual quadra histórica, o processo constitucional discursivo, compartilhado, democrático, típico do Estado Democrático de Direito.⁴²

O estudo histórico, a seguir, apresenta as origens do positivismo jurídico no sistema do *common law* inglês e sua relação com o precedente.

2.3. A matriz positivista do precedente vinculante no sistema do *common law* inglês

O permanente destaque do instituto do precedente na Inglaterra, durante tantos séculos, como vetor principal para a fundamentação da decisão, provoca a pesquisa sobre as razões históricas pelas quais este instituto mantém-se firme no sistema jurídico do *common law*. O conhecimento histórico de sua formação permite avaliar a possibilidade de sua inserção no processo constitucional brasileiro, a partir de uma releitura democrática do instituto.

Na originalidade do *common law* inglês, não se falava em precedentes vinculantes. A influência do direito romano na Inglaterra se deu de forma restrita,⁴³ ao contrário do que ocorreu na Europa continental.⁴⁴ Antes da conquista normanda, em 1.066, não havia na Inglaterra um ordenamento jurídico centralizado e com o surgimento do *common law* é concebido um sistema jurídico unitário, sob o controle de um poder soberano.⁴⁵ O direito consuetudinário (*common law*, ou *ius commune*)⁴⁶

⁴² “Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes), resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e **não** de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade” (grifo no original). LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2.012, p. 90.

⁴³ “O direito que começava a germinar na antiga Britania era essencialmente autóctone, fundado na regra conhecida e na prática quotidiana, e muito pouco influenciado pelo *ius romanorum*. Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na praxe dos tribunais canônicos, e no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 150.

⁴⁴ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 4. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 20.

⁴⁵ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 6.

e o direito estatutário ou legislativo (*statute law*, ou *ius particulare*) prevaleceram na Inglaterra e ambos se referiam ao direito positivo,⁴⁷ sendo que o *common law* foi aplicado, a partir do século XIII, pelas Cortes Reais (*Courts Westminster*) para a solução dos conflitos,⁴⁸ situando-se, inicialmente, como um apêndice do poder real, passando a adquirir com o tempo uma estrutura institucional diferenciada.⁴⁹

Bobbio afirma que a “atitude antijusnaturalista é congênita a todo pensamento jurídico que sustentou em primeiro plano o costume”,⁵⁰ e em razão de a “fonte” principal do direito na Inglaterra ser o *ius commune* (*common law*), o direito natural fora negligenciado, a ponto de um comentador anônimo de Henry of Bracton (1.210–1.268) ter afirmado que *In Anglia minus curatur de jure naturali quam in aliqua regione de mundo*.⁵¹ Porém, há controvérsias a respeito destas afirmações, conforme noticia Helmholz,⁵² que relata a influência do direito natural sobre a jurisprudência na Inglaterra.

⁴⁶ “O sentido do *common law* é, pois muito diferente do sentido da expressão ‘direito comum’, *ius commune*, utilizada no continente para designar, sobretudo a partir do século XVI, o direito erudito, elaborado com base no direito romano e servindo de direito supletivo às leis e costumes de cada país” (grifos acrescentados). GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 208.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁴⁸ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 213. SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 6.

⁴⁹ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 6.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 54.

⁵¹ Tradução livre: “Na Inglaterra, menos atenção é dada ao direito natural do que em qualquer outro lugar do mundo”.

⁵² “The third topic is case law. [...]. The question is whether the acceptance of the law of nature by English common lawyers, considered in the context of then contemporary understanding of natural law, meant anything in practice. Did natural law have any impact on the English case law? And, in particular, did natural law play any role in the assertion of human rights in the common law? The evidence on the point is equivocal. An anonymous late thirteenth-century commentator on Bracton said, ‘In England less attention is paid to natural law than anywhere else in the world’. However, there is also evidence on the other side. Norman Doe has made a careful study of the Yearbooks, the principal source of English case law from the end of the thirteenth century to the first third of the sixteenth, finding some express recognition of the law of nature as playing a part in English law. For example, in a case from 1.468, William Yelverton, one of the judges of the King’s Bench, was recorded as speaking of the *ley de nature* as ‘the ground of all laws’ and therefore to be adopted in cases where no settled rule existed. The English law also incorporated a *favor libertatis* very much like that endorsed as part of the law of nature in the *jus commune*. And natural law thinking played a role in some of the common law’s most famous cases: *Calvin’s Case*, *Somerset’s Case*, and *Moses v. Macferan*, for example. However, nothing is conclusively proven by these examples”. Em tradução livre: “O terceiro tema é a jurisprudência. [...]. A questão é saber se a aceitação do direito natural por advogados ingleses, considerados no contexto do então entendimento contemporâneo do direito natural, significou alguma coisa na prática. Será que o direito natural teve algum impacto sobre a jurisprudência inglesa? E, em particular, o direito natural desempenhou algum papel na afirmação dos direitos humanos no *common law*? As evidências sobre este ponto são equivocadas. Um comentarista

As relações entre o *common law* (*ius commune*) e o *statute law* (*ius particulare*) não se desenvolveram em harmonia.

O *ius commune* inglês, ou *common law*, é identificado como:

um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juizes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, uma vez que é constituído por regras adotadas pelos juizes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornaram obrigatórias para os sucessivos juizes, segundo o sistema do precedente obrigatório) (grifos acrescidos).⁵³

O *ius particulare* (direito estatutário, ou *statute law*), por sua vez, é aquele que tem sua origem no poder soberano e posteriormente conta com a participação do parlamento em sua elaboração.⁵⁴

Há uma diferença significativa entre o desenvolvimento do *ius commune* da Europa continental⁵⁵ e o *ius commune* da Inglaterra.⁵⁶ Enquanto o primeiro é absorvido pelo direito dos segmentos sociais da Idade Média (*ius proprium*), compondo posteriormente o monopólio do direito estatal, o segundo manteve a

anônimo de Bracton do século XIII disse: 'Na Inglaterra, menos atenção é dada à direito natural do que em qualquer outro lugar do mundo'. No entanto, também, há evidência em sentido contrário. Norman Doe fez um estudo cuidadoso dos Anuários, a principal fonte da jurisprudência inglesa a partir do final do século XIII, até o primeiro terço do século XVI, encontrando algum reconhecimento expresso do direito natural, desempenhando algum papel no direito inglês. Por exemplo, em um caso de 1.468, no qual William Yelverton era um dos juizes do *King's Bench* ficou registrado, como se ele tivesse se referindo à *lei da natureza* como 'a terra de todas as leis' e, portanto, a ser adotado nos casos em que não existia regra estabelecida. O direito inglês também incorporou o *favor libertatis*, muito parecido como parte do direito natural no *ius commune*. E o direito natural desempenhou um papel em alguns dos casos mais famosos do direito do *common law*, como por exemplo: os *casos de Calvino, Somerset e Moisés vs. Macferan*, por exemplo. No entanto, nada está provado conclusivamente por esses exemplos" (grifos no original). HELMHOLZ, Richard. H. Natural law and human rights in english Law: From Bracton to Blackstone. **Ave Maria law review**. 2.005, vol. 3, p. 20. Disponível em:

<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2480&context=journal_articles>.

Acesso em: 10/02/2.014.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁵⁵ O *ius commune* na Europa ocidental, embora não haja precisão sobre o seu conceito, era associado ao direito comum escrito prevalente em todas as cidades e vilas, em oposição ao *ius proprium*, que se referia ao direito específico de cada uma destas localidades, ressaltando-se que desde o século XII, esta distinção já existia na Itália. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2.003, p. 72. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 78-81. TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.009, p. 28, 54.

⁵⁶ A expressão *common law* (*ius commune* inglês) é usada a partir do sec. XIII para indicar o direito comum de toda a Inglaterra de forma a opor-se aos costumes locais, próprios de cada região. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 207.

distinção e prevaleceu sobre o direito estatutário (*statute law*), mesmo quando a monarquia medieval se transformou em monarquia moderna,⁵⁷ vigorando o princípio “segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum”,⁵⁸ obrigando o poder real e o parlamento a respeitarem o *ius commune* (*common law*).⁵⁹

Esta situação demonstra que a monarquia na Inglaterra não era soberana e seus poderes não eram ilimitados, ao contrário do que ocorria nas monarquias absolutistas europeias, confirmando que, naquela época, a Inglaterra já apresentava um embrião da separação das funções estatais.⁶⁰

Apesar destes avanços, o *common law* não se colocou imune às críticas, como as de Thomas Hobbes (1.588-1.679).⁶¹ Para Hobbes, o direito comum era ilegítimo, porque surgiu anteriormente ao próprio Estado, e ao soberano caberia o poder exclusivo, ilimitado e absoluto,⁶² que incluía o monopólio da coerção e normatividade das relações sociais mais relevantes.⁶³

Hobbes, apontado como um dos precursores do positivismo jurídico,⁶⁴ concebe o direito como “expressão de quem tem o poder e por isto ele nega o valor à *common law*, que é produto da sapiência dos juízes”.⁶⁵

⁵⁷ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 75. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁵⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 209. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 33.

⁶¹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 343. Para Hobbes “O estado de natureza constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo homem luta contra os outros, no qual – segundo a fórmula hobbesiana – existe um ‘*bellum omnium contra omnes*’. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano” (grifos acrescidos). BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 35.

⁶² DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5ª. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1.979, p. 92. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 34.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 35.

⁶⁴ MATA-MACHADO, Edgar de Godói. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte, Vega, 1.981, p. 78.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 36.

A noção de direito construída por Hobbes pode ser apreendida a partir da obra *A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England*,⁶⁶ na qual emergem duas características do positivismo, quais sejam: a) o formalismo (*declaring publicly and plainly*), ao não se preocupar nem com o conteúdo, nem com a finalidade do direito e, b) o imperativismo (*what every of them may do, and what they must forbear to do*), ao ressaltar que cabe ao soberano ordenar aos seus súditos o que eles podem ou não devem fazer.⁶⁷

Se, por um lado, Thomas Hobbes afirmava que o soberano detém o poder exclusivo de criar e valer o direito, Edward Coke⁶⁸ ocupa o vértice da posição

⁶⁶ Em passagem da obra "A dialogue between a philosopher and a student, of the common laws of England", Hobbes, atuando no papel do personagem filósofo, expressa a sua concepção de direito: "L.: How would you have a Law defined? Ph.: Thus; a Law is the Command of him, or them that have the Sovereign Power, given to those that be his or their Subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do". No original "Ph" significa "Philosopher" e "L" é abreviatura de "Lawyer". Em tradução livre: "Jovem jurista: Como você define o direito? Filósofo: Portanto, o direito é o comando daquele ou daqueles que detêm o poder soberano, determinando àqueles que serão o seu ou seus súditos, declarando publicamente e claramente o que cada um deles pode fazer, e o que eles devem deixar de fazer". HOBBS, Thomas. **The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury**. London: John Bohn, 1.840, vol. vi, p. 26.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. **The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury**. London: John Bohn, 1.840, vol. vi, p. 26.

⁶⁸ Principal porta-voz do direito comum (*common law*) na Inglaterra do século XVII foi Edward Coke: "[...] was a seventeenth-century English jurist and Member of Parliament whose writings on the common law were the definitive legal texts for nearly 150 years. [...] In 1.606, Coke was made Chief Justice of the Court of Common Pleas, later being elevated, in 1.613, to Lord Chief Justice of England. As a judge, Coke delivered numerous important decisions, and he gained a reputation as the greatest jurist of his age. Nonetheless, his unwillingness to compromise in the face of challenges to the supremacy of the common law made him increasingly unpopular with James I, and he was eventually removed as Lord Chief Justice in 1.616. His career in parliament culminated in 1.628 when he acted as one of the primary authors of the Petition of Right. This document reaffirmed the rights of Englishmen and prevented the Crown from infringing them. Coke's enduring fame and importance rests principally on his immensely influential legal writings and on his staunch defence of the rule of law in the face of royal absolutism. His legal texts formed the basis for the modern common law, with lawyers in both England and America learning their law from his Institutes and Reports until the end of the eighteenth century. As a judge and Member of Parliament, Coke supported individual liberty against arbitrary government and sought to ensure that the king's authority was circumscribed by law. In later times, both English reformers and American Patriots, such as John Lilburne, James Otis, and John Adams, used Coke's writings to support their conceptions of inviolable civil liberties". Em tradução livre: "[...] foi um jurista inglês do século XVII e membro do parlamento, cujos escritos sobre o *common law* foram definitivos por pelo menos 150 anos. Em 1.606, Coke foi *Chief Justice* da *Court of Common Pleas*, e em 1.613 *Lord Chief Justice*. Como juiz, Coke decidiu numerosos casos e ganhou reputação de grande jurista de sua época. No entanto, sua relutância em comprometer-se desfavoravelmente em relação à supremacia do *common law* o tornou cada vez mais repudiado por James I, e ele acabou removido do cargo de *Lord Chief Justice* em 1.616. Sua carreira no parlamento culminou em 1.628, quando ele atuou como um dos autores principais do *Petition of Right*. Este documento reafirmou os direitos dos ingleses e impediu a Coroa de infringi-los. A fama duradoura de Coke e a sua importância repousa principalmente em seus escritos jurídicos imensamente influentes e em defesa do Estado de Direito em face do absolutismo real. Seus textos jurídicos formaram a base para o moderno *common law*, com os advogados na Inglaterra e da América aprendendo o direito por meio de suas obras até o final do século XVIII. Como juiz e membro do parlamento, Coke apoiou a liberdade individual contra o governo arbitrário e procurou assegurar que a autoridade do rei estaria circunscrita pelo direito. Em tempos mais recentes, reformadores ingleses e americanos, John

oposta, defendendo que caberia aos juizes resolverem os conflitos com base no direito comum.⁶⁹ Coke concebe o direito como produto da atuação dos juizes, afirmando que o soberano não estaria autorizado a modificar as normas costumeiras ou estatais.⁷⁰

Ao observar as posições antagônicas entre Hobbes (1.588-1.679) e Coke (1.552-1.634), é permitido inferir que o positivismo jurídico não se identifica tão somente com o direito legislado, razão pela qual é possível identificar traços pré-positivistas também no direito do *common law*.

Nesta perspectiva, há que se entender que a concepção de direito positivo é mais ampla que o senso comum pode acatar, não se restringindo apenas ao direito produzido pelo parlamento, mas, também, àquele construído e aplicado por outros órgãos estatais autorizados, como é o caso dos juizes e dos tribunais no sistema jurídico brasileiro do *civil law*, especialmente, quando estes órgãos criam enunciados universais a partir de súmulas, caracterizados por seu caráter normativo, abstrato e geral, utilizando-os, para fundamentar, com frequência e de forma quase exclusiva, as suas decisões.

É interessante observar o paradoxo existente entre o sistema jurídico inglês e a codificação. Thomas Hobbes, considerado o maior teórico a favor da onipresença do legislador e Jeremy Bentham (1.748-1.832), um dos inspiradores do utilitarismo,⁷¹

Lilburne, James Otis, e John Adams, usaram os escritos de Coke para apoiar as suas concepções de liberdades civis invioláveis". PRINCETON UNIVERSITY. **Edward Coke**. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Edward_Coke.html>. Acesso em: 11/02/2.014.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 32-35.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 169.

⁷¹ "Utilitarianism is the idea that the moral worth of an action is determined solely by its usefulness in maximizing utility/minimizing negative utility (utility can be defined as pleasure, preference satisfaction, knowledge or other things) as summed among all sentient beings. It is thus a form of consequentialism, meaning that the moral worth of an action is determined by its outcome. The most influential contributors to this theory are considered to be Jeremy Bentham and John Stuart Mill. Utilitarianism was described by Bentham as 'the greatest happiness or greatest felicity principle'. Utility, the good to be maximized, has been defined by various thinkers as happiness or pleasure (versus suffering or pain), although preference utilitarians define it as the satisfaction of preferences. It may be described as a life stance, with happiness or pleasure being of ultimate importance. Utilitarianism can be characterised as a quantitative and reductionist approach to ethics. [...]. In general usage, the term utilitarian refers to a somewhat narrow economic or pragmatic viewpoint. [...]. Both rule utilitarianism and act utilitarianism are teleological [...], meaning that they are consequential, however Bentham's act utilitarianism is primarily absolutist, even though it is much more free than theories such as those put forward by Immanuel Kant. This means that in all acts require 'Felicific calculus' to achieve 'the greatest pleasure for the greatest number'. Therefore there are definite rules and codes as to what the person must do in each situation to benefit the most people". Em tradução livre: "Utilitarismo é a ideia de que o valor moral de uma ação é determinado

juntamente com Stuart Mill (1.806-1.873), elaboraram a mais abrangente teoria sobre a codificação e mesmo sendo os dois primeiros filósofos de origem inglesa, a Inglaterra não aderiu à codificação do direito em seu ordenamento.⁷²

É de se destacar que Bentham, fortemente influenciado pelo iluminismo europeu continental, propôs uma ampla reforma na estrutura da organização do ordenamento jurídico inglês, considerado, segundo Bobbio,

um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juízes; tal direito, portanto, não se fundava em leis gerais, mas em “casos”, segundo o sistema do precedente obrigatório. Era, assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma

unicamente pela sua utilidade no quociente entre a maximização da utilidade e a minimização da utilidade negativa (utilidade pode ser definida como o prazer, a satisfação preferencial, conhecimento ou outras coisas) pela soma entre todos os seres conscientes. É, portanto, uma forma de consequencialismo, o que significa que o valor moral de uma ação é determinado pelo seu resultado. Os colaboradores mais influentes para essa teoria são Jeremy Bentham e John Stuart Mill. O utilitarismo foi descrito por Bentham como ‘a maior felicidade ou o princípio da maior felicidade’. Utilidade, o bem a ser maximizado, tem sido definida por vários pensadores como felicidade ou prazer (contra o sofrimento ou a dor), embora a preferência dos utilitaristas seja defini-la como a satisfação das preferências. A utilidade pode ser descrita como uma postura de vida, de felicidade ou sendo o prazer de importância suprema. O utilitarismo pode ser caracterizado como uma abordagem quantitativa e reducionista da ética. [...]. No uso geral, o termo se refere a um utilitário ponto de vista econômico ou pragmático. [...]. O utilitarismo regra e o agir utilitarista são ambos teleológicos, o que significa dizer que eles são consequentes, no entanto o agir utilitarista de Bentham é essencialmente absolutista, mesmo que ele seja muito mais livre do que as teorias apresentadas por Immanuel Kant. Isso significa que em todos os atos se exige o ‘cálculo da felicidade’ para se alcançar ‘o maior prazer para o maior número’. Portanto, há regras e códigos definidos sobre o que se deve fazer em cada situação para beneficiar o maior número de pessoas”. PRINCETON UNIVERSITY. **Utilitarianism**. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Utilitarianism.html>>. Acesso em: 15/02/2014. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 516, 657. A respeito da filosofia do direito na Inglaterra, Del Vecchio afirma: “Por outro lado, em Ética e na Filosofia do Direito predomina o utilitarismo, isto é, a tendência para basear no útil e no prazer a lei fundamental da acção” e em outro ponto critica o utilitarismo de Bentham: “Mas as bases do seu sistema são algo defeituosas. O princípio utilitário reveste nele uma forma grosseira e primitiva. O prazer (entendido em sentido materialista como satisfação sensível ou vantagem pessoal) é o único fim da vida. Bem, portanto, é o que proporciona prazer”. DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5ª. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1.979, p. 226-227. “Essa doutrina foi denominada de *utilitarismo*, denominação que de modo algum expressa seu sentido principal. Na tradução latina, o termo *útil* não expressa o que se tinha em mente ao empregá-lo. Referia-se, na verdade, àquelas ações *eficazes*, isto é, que se mostravam adequadas à consecução dos objetivos visados. No fundo, tem-se aí a idéia protestante de que o sucesso social seria um indício de salvação (a partir da premissa de que as ações dos indivíduos deveriam ter em vista erigir na terra uma obra digna da glória de Deus). E, se merece a aprovação de Deus, sua ação é benéfica para todos (a ‘mão invisível’ de Adam Smith)” (grifos no original). CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação *In*: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2.000, p. 10.

⁷² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 91. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 314.

outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela precedentemente abandonada fosse retomada.⁷³

Para Bentham, um racionalista, era inaceitável concordar com esta estrutura aparentemente caótica do direito inglês. Sua oposição à casuística histórica e costumeira do *common law* contribuiu para a codificação da Europa ocidental.⁷⁴ Este teórico defendia que o direito fosse produzido pelo parlamento, posição contrária a Blackstone (1.723-1.780), que elogiava o sistema do *common law* pela sua perfeição em se fundar e ser aplicado conforme o direito natural.⁷⁵⁻⁷⁶

No início de 1.800, Bentham desenvolve um projeto com o objetivo de propor uma codificação completa do direito inglês, sistematizando-o em três ramos: direito civil, direito penal e direito constitucional,⁷⁷ sem que obtivesse sucesso em suas propostas reformadoras, dentro e fora da Inglaterra.⁷⁸

A crítica de Bentham à produção judiciária do direito se fundamentava em cinco aspectos: a) a insegurança jurídica devida à imprevisibilidade das consequências dos comportamentos sociais, que não necessariamente estavam previstos em “leis” escritas, bem como o critério adotado pelo juiz, para escolher ou não um precedente, dependia de uma avaliação subjetiva, passível de ser arbitrária;⁷⁹ b) a retroatividade do *common law*, pois ao decidir um caso não

⁷³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 94.

⁷⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010, p. 314.

⁷⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5ª. ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1.979, p. 242. HELMHOLZ, Richard. H. Natural Law and Human Rights in English Law: From Bracton to Blackstone. **Ave Maria law review**. 2.005, vol. 3, p. 20. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2480&context=journal_articles>. Acesso em: 10/02/2.014.

⁷⁶ “Como Hobbes, no século XVII, sustentara suas concepções em favor da produção legislativa do direito contra um jurista, Coke, defensor da *common law*, do mesmo modo Bentham desenvolve sua crítica frente a esta última, entrando em polêmica com o maior estudioso do direito inglês de seu tempo, Blackstone, que fora seu mestre nos estudos universitários e que, em 1.765, publicara os *Comentários sobre o direito comum inglês*, em que o sistema da *common law* era considerado com grande otimismo como perfeito, porque se fundava no e fazia valer completamente o direito natural” (grifos acrescidos). BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 95.

⁷⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. Antônio José Brandão. 5ª. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1.979, p. 227.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 95-96.

⁷⁹ Ressalta-se a mesma preocupação, em momento anterior, de Montesquieu (1.689-1.755) quando já alertava a respeito da subjetividade na aplicação do direito ao afirmar que “But, though the tribunals ought not to be fixed, the judgements ought; and to such a degree, as to be ever conformable to the letter of the law. Were they to be the private opinion of the judge, people would then live in society without exactly knowing the nature of their obligations”. Em tradução livre: “Mas, embora os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo, e de tal forma, a ponto de ser sempre conforme à

assentado em um precedente, o juiz cria um provável novo precedente, uma nova norma, *post factum*, a ser aplicada a um caso do passado, tornando a eficácia do direito judiciário retroativa, criando no presente uma norma a ser aplicada ao fato pretérito, violando o princípio da irretroatividade da “lei”,⁸⁰ c) o *common law* não teria como fundamento o princípio da utilidade, pois o juiz não conseguiria criar um sistema completo de normas jurídicas baseado no princípio da utilidade, uma vez que ele cria e aplica o direito com base na analogia e no precedente;⁸¹ d) o juiz tem o dever de resolver qualquer espécie de conflito, embora lhe falte competência específica em todos os campos do direito, ao contrário da função legislativa; e) a produção do direito judiciário não é controlável pelo povo, ao contrário do direito legislativo.⁸² Desta forma, Bentham defendia o direito codificado na Inglaterra, propugnava o afastamento do *common law* e sua substituição pelo direito legislativo, com a instalação de um código simples, coerente e de características universais.

Os estudos de Bentham não foram em vão, pois, também na Inglaterra ocorreu a supremacia da “lei” sobre o direito comum, embora este país não tenha adotado o sistema de codificação. Na Inglaterra, o direito legislado (*statute*) prevaleceu sobre o direito comum, concorrentemente ao estabelecimento do Estado parlamentar,⁸³ ressaltando que a prevalência do parlamento não levou à extinção do *common law*.

Observa-se que na Inglaterra, apesar dos confrontos históricos entre o *common law* e o *statute law*,⁸⁴ estabeleceu-se uma convivência harmônica entre as duas espécies que se mantêm em virtude do respeito entre elas. Em razão disto, detecta-se um equilíbrio entre as funções jurisdicionais e legislativas no sistema jurídico inglês, apesar de os seus fundamentos não se alinharem ao processo

letra da lei. Sendo eles [os julgamentos] uma opinião particular do juiz, as pessoas, então, viveriam em sociedade, sem saber exatamente a natureza das suas obrigações”. SECONDAT, Charles Louis de. **The complete works of M. de Montesquieu**. London: T. Evans, 1.777, vol. 1, p. 241.

⁸⁰ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 6ª. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2.003, p. 92-93.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 98.

⁸² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 96-99.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 120.

⁸⁴ “[...], o *common law* não é todo o direito inglês; o *statue law* (direito dos estatutos, isto é, das leis promulgadas pelo legislador) desenvolveu-se à margem do *common law* e retomou, sobretudo no século XX, uma importância primordial”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 208.

constitucional democrático, especialmente, no que toca à criação do direito pelo órgão julgador, ou seja, o *judge-made law*.⁸⁵

Percebe-se, assim, que o positivismo é uma complexa teoria do direito, que abrange não apenas o direito positivo, mas também o direito do *common law*, onde a norma escrita é identificada também pelo precedente, que contextualizado sob os princípios do processo constitucional poderá permitir um aumento qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, contribuindo para a estabilidade e segurança do sistema jurídico.

Muitas das críticas de Bentham, pronunciadas há 200 anos, podem ser aplicadas ao direito atual brasileiro, quando as decisões utilizam os precedentes para a sua formação. Aqui também prevalece a insegurança jurídica em razão dos critérios adotados pelos tribunais superiores, muitas vezes casuísticos, subjetivos e discricionários.

Da mesma forma, as decisões dos tribunais, ao desconsiderarem o contraditório, causam surpresa às partes, com efeito semelhante à retroatividade da norma. Neste passo, as técnicas aplicadas para fundamentar as decisões se amoldam ao positivismo, quando desprezam o conteúdo dos precedentes, desconsiderando os fatos e as motivações destes.

Acredita-se que o positivismo não serve ao direito democrático, exigindo este uma nova abordagem, que assegure aos interessados as garantias processuais constitucionais.

2.4. A importância dos procedimentos no *common law*

Os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, configurados pelas respectivas tradições, receberam influência, em grau variável, do direito romano. A presença do direito romano não é um parâmetro seguro e suficiente para diferenciar o sistema jurídico do *civil law* em relação ao *common law*. O que permitirá diferenciar um sistema do outro é a importância e a forma de utilização, prioritária ou subsidiária, que o direito romano exerceu sobre cada sistema jurídico.⁸⁶

⁸⁵ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2.009, p. 36-45. MATA-MACHADO, Edgar de Godói. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte, Vega, 1.981, p. 122.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014, p. 22.

É também importante salientar que, desde o seu surgimento, o *common law* se adequou perfeitamente às necessidades sociais da época, razão pela qual não havia necessidade de mudanças,⁸⁷ ou de excessiva fidelidade às fontes do direito romano.⁸⁸

A influência das Cortes Reais de justiça, instaladas a partir da conquista normanda, em 1.066, foi fundamental para a construção do *common law*,⁸⁹ pois, a partir deste evento, o direito passou a ser utilizado como instrumento de governo, substituindo o poder militar da conquista.⁹⁰ As Cortes Reais, no período que se estendeu da Idade Média até o século XIX,⁹¹ se posicionaram como a única jurisdição capaz de administrar a “justiça”.⁹²

Importa ressaltar a vasta importância endereçada aos procedimentos criados e utilizados pelas Cortes Reais, para a solução dos conflitos.

Enquanto na Europa continental os juristas concentravam os seus estudos na determinação dos direitos e das obrigações das partes no processo, os juristas ingleses, desde a origem do *common law*, se preocupavam com os procedimentos, sob o entendimento assentado na convicção de que os procedimentos precedem os direitos. Por esta razão, havia a previsão de um número determinado de procedimentos a serem aplicados para alcançar a solução dos conflitos. As Cortes Reais, ao exercerem a sua competência, adotavam procedimentos, para os quais se

⁸⁷ CAENEGEM, R. C. van. **The birth of the english common law**. 2ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1.988, p. 142.

⁸⁸ “Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a ‘recepção falhada’ das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. Enquanto, por exemplo, na Itália e na Alemanha, a divisão territorial em comunas e pequenos reinos, tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, ‘a Grã-Bretanha já tinha o seu próprio direito comum’”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 151.

⁸⁹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 206.

⁹⁰ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. New York: Oxford University Press, 2.000, p. 215,

⁹¹ BAKER, J. H. **An introduction to english legal history**. 4ª. ed. London: Butterworths, 2.002, p. 26. MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**. 2ª. ed. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2.010, vol. 1, p. 202.

⁹² DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 215.

exigia um excessivo formalismo,⁹³ de forma bastante similar às *legis actiones* do direito romano.⁹⁴

A significativa influência do *common law* no direito inglês é devida, principalmente, aos seguintes fatores: a) os juristas ingleses concentraram seus interesses, prevalentemente, nos procedimentos jurisdicionais, em comparação às categorias de direito material; b) a redução da importância do direito privado; c) a existência de obstáculos na recepção e incorporação, na Inglaterra, das categorias e noções do direito romano.⁹⁵

Ao analisar o formalismo procedimental no *common law*, até o século XIX, verifica-se que os juristas ingleses não canalizavam suas preocupações em relação ao conteúdo da decisão, e este fenômeno pode ser sintetizado na expressão: *Remedies precede rights*. Nessa perspectiva, observa-se que o objetivo do *common law* não era a proteção dos direitos, consistia, ao contrário, na fixação de regras de procedimento para garantir, em um maior número de casos, a solução dos litígios, conferindo pouca importância ao mérito da controvérsia. Neste período, o interesse dos juristas se concentrou no estudo dos procedimentos, excessivamente formalistas, correspondentes aos *writs*.⁹⁶ Preponderou a espécie de procedimento

⁹³ BAKER, J. H. **An introduction to english legal history**. 4ª. ed. London: Butterworths, 2.002, p. 101. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 216.

⁹⁴ Em síntese, o sistema da *legis actiones* caracterizava-se por ser oral, combinar a atuação pública (fase *in iure*) e privada (fase *apud iudicem* ou *in iudicio*), exigir um formalismo exagerado na fase do *in iure* e a previsão de diversas espécies de procedimentos. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.997, vol 1. p. 193-204. LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 329.

⁹⁵ “On the other hand, it is not to be denied that the few legal ideas and institutions which we can confidently describe as imported from Normandy, were of decisive importance. This is preeminently true of the transplanted Frankish inquest. It has in it the germ of all that becomes most distinctively English in the English law of the later middle ages, the germ of trial by jury and of a hard and fast formulary system of actions which will be tough enough to resist the attacks of Romanism”. Em tradução livre: “Por outro lado, não é para negar que as poucas ideias e instituições jurídicas que podemos confiantemente descrever como importadas da Normandia foram de importância decisiva. Isto é preeminentemente verdadeiro a respeito do inquérito francês transplantado. Ele tem em si o germe de tudo o que se torna mais distintamente inglês no direito inglês do final da Idade Média, o germe de julgamento pelo júri e um sistema de formulário forte e rápido de ações que será forte o suficiente para resistir aos ataques do romanismo”. POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**. 2ª. ed. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2.010, vol. 1, p. 101. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 20. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 217.

⁹⁶ “O direito desenvolveu-se em Inglaterra desde o séc. XIII, com base nesta lista de *writs*, isto é, das acções judiciais sob a forma de ordens do rei. Em caso de litígio, era (e continua a ser) essencial encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto; o processo, assim, é aqui mais importante que as regras do direito positivo: *remedies precede rights*. O *common law* elaborou-se com base num número limitado de formas processuais e não sobre regras relativas ao conteúdo do direito. É por isso que a

que exigia a solução da controvérsia por um júri, com base em questões de fato formuladas. Tanto, assim, é que, em 1.856, todas as demandas propostas perante as cortes do *common law* eram solucionadas perante um júri.⁹⁷

A complexidade da técnica dos *writs* era de tal expressão, que somente através da prática era possível conhecê-la. O conhecimento e a formação universitária de base romanística contribuía para encontrar a solução, mas não auxiliava no sucesso da demanda.⁹⁸ Juristas e juízes ingleses eram essencialmente práticos, ao contrário do que ocorria nos países da Europa continental. A formação em Direito na Inglaterra não era necessária e raramente um advogado ou um jurista, até o século XX, recebia formação universitária.⁹⁹

Observa-se, assim, que prevaleceu no *common law* da Inglaterra um excessivo formalismo, em prejuízo da realização dos direitos. Entretanto, as influências do Estado Social na Europa obrigaram o sistema jurídico inglês a se adaptar a um novo ciclo, que se apresenta no próximo tópico.

2.5. A influência do Estado Social e a Comunidade europeia no *common law* da Inglaterra

O direito inglês passou por diversas transformações nos séculos XIX e XX.¹⁰⁰ Até a década de 1.830, o direito inglês se desenvolveu em uma perspectiva

estrutura do *common law* é fundamentalmente diferente da estrutura dos direitos dos países do continente europeu". GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 211. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 217-218.

⁹⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 214. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 217.

⁹⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 214. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 211. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 221.

⁹⁹ Conforme afirma René David, na Inglaterra, para o ingresso no conselho profissional de advogados se exige uma formação universitária, mas não necessariamente em Direito. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 221.

¹⁰⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 332-346. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 225.

procedimental prevista para os diversos tipos de pretensões.¹⁰¹ A partir desta época, os juristas ingleses se dedicaram ao estudo do direito inglês com o objetivo de torná-lo mais sistemático. No mesmo sentido, a organização judiciária se alterou de forma substancial na década de 1.870, por meio dos *Judicature Acts*,¹⁰² resultando na criação da *Supreme Court of Judicature*,¹⁰³ que suprimiu a separação formal entre as Cortes Reais (cortes do *common law*) e as Cortes da Chancelaria (*equity*), com competência ampla para aplicar indistintamente as regras do *common law* e da *equity*.¹⁰⁴ No que se refere à *equity*, é importante observar o declínio de sua força no direito inglês. As cortes inglesas atuais a identificam como sendo um conjunto de regras justificadas historicamente, auxiliando a correção da aplicação do direito, mas que não mais fazem parte do ordenamento jurídico, uma vez que ao Parlamento cabe adotar as normas necessárias para a construção do direito.¹⁰⁵ Acrescentam, ainda, que a segurança jurídica e a primazia do direito estariam prejudicadas, caso fossem aplicadas as regras de equidade.¹⁰⁶

O avanço da legislação inglesa, ocorrida no século XIX,¹⁰⁷ não prejudicou o seu aspecto tradicional e os *cases* do direito inglês, a partir desta época, podiam ser pesquisados nos *Law Reports* (1.865) e na enciclopédia de *Laws of England*.¹⁰⁸

As transformações do direito inglês continuaram a ocorrer durante o século XX, principalmente em razão das influências de caráter social do *Welfare State*,¹⁰⁹

¹⁰¹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014, p. 26.

¹⁰³ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 332.

¹⁰⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2^a. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 213. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹⁰⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 333. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 224.

¹⁰⁶ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 224.

¹⁰⁷ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 334.

¹⁰⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 339. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11^a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹⁰⁹ “Segundo a concepção dominante nos séculos XVIII e XIX, a legislação não ocupa senão o segundo lugar entre as fontes do direito inglês, depois da jurisprudência; os *acts* ou *statutes* (leis) são apenas considerados como exceções em relação ao *common law*; os juízes interpretam-nos duma

singularizado pela forte atuação do Estado nas políticas públicas e nas vidas das pessoas, com o objetivo de ampliar os benefícios sociais,¹¹⁰ em face da crise do Estado Liberal. Dificuldades na adaptação do direito à nova situação social ocorreram durante todo o século XX, em razão da estrutura casuística e jurisprudencial do direito inglês.¹¹¹ As normas e os procedimentos do *common law* alcançaram tão elevada importância, que criaram uma série de conflitos entre a Administração e os particulares, que as Cortes existentes não estavam preparadas para resolver.¹¹² Para tanto, foram criados tribunais administrativos na Inglaterra, sem que os mesmos tivessem autonomia em relação à sua competência, ressaltando que estes tribunais não decidiam conforme os princípios do *common law*.¹¹³ O direito do *common law* não era adequado para solucionar os conflitos relacionados ao contexto do *Welfare State*,¹¹⁴ os quais deveriam ser procedimentalizados perante as cortes administrativas, inferindo-se que a solução mais adequada não se daria pela aplicação das normas do *common law* e sim do *civil law*, o que levou a uma aproximação entre os dois sistemas na Inglaterra.¹¹⁵

As reformas nos sistemas jurídicos provocadas pelo neoconstitucionalismo, a globalização, bem como o ingresso do Reino Unido na União Europeia, em 1.972, influenciaram fortemente o direito inglês.¹¹⁶

Importante ressaltar que as reformas constitucionais ocorridas no Reino Unido no final do século XX, em relação às atividades administrativas e legislativas,

maneira restritiva respeitando mais a letra que o espírito. Esta concepção é, todavia, cada vez mais posta em causa, em virtude da extensão crescente da actividade dos legisladores; o divórcio é crescente entre o tradicional *common law*, de espírito liberal, e a legislação cada vez mais abundante de inspiração social, ou mesmo socializante, tendente a assegurar a intervenção do Estado nos domínios económicos e sociais no *welfare-state*". GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001, p. 215. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹¹⁰ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 572.

¹¹¹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹¹² DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 226.

¹¹³ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 227.

¹¹⁴ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 6ª. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2.003, p. 325.

¹¹⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 340. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 227.

¹¹⁶ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 227.

incluem a restituição e a descentralização de funções para a Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte, bem como a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao direito inglês no ano de 1.998.¹¹⁷

A respeito dos direitos fundamentais, o Reino Unido foi o primeiro Estado membro do Conselho da Europa a ratificar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, incorporado ao direito inglês por meio do *Human Rights Act 1.998*, em vigor a partir de 2/10/2.000. Ao incorporar a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao seu ordenamento jurídico, a Inglaterra adere ao princípio pelo qual somente o parlamento está legitimado a legislar a respeito de quaisquer matérias, o que impede ao juiz a possibilidade de revogar uma norma que esteja em conformidade com os direitos humanos.¹¹⁸ O juiz deve interpretar e aplicar a norma em conformidade com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹¹⁹ Também a Administração Pública deve atuar em conformidade com os direitos previstos na Convenção.¹²⁰ Nos termos do *Human Rights Act*, uma pessoa que tem os seus direitos violados por parte de uma autoridade administrativa pode interpor um recurso perante os tribunais.¹²¹ O *Human Rights Act* é de tal amplitude que pode inclusive modificar a aplicação do *stare decisis*.¹²²

Assim, verifica-se que o sistema do *common law*, que se desenvolveu sobre o instituto do precedente, adquiriu durante o extenso período de sua formação uma forte consistência e autonomia, incompatível com as regras da equidade.

Também se constata a dificuldade do *common law* em solucionar conflitos provocados em razão da atuação intervencionista do Estado Social, bem como a necessidade de adaptar-se aos direitos humanos para manter a sua eficácia.

Desta forma, é importante observar que a introdução dos precedentes *stricto sensu* no ordenamento jurídico brasileiro, sob o modelo constitucional de processo, requer, para sua implementação e desenvolvimento em conformidade com os

¹¹⁷ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 6ª. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2.003, p. 5. DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 227.

¹¹⁸ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 229.

¹¹⁹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 229.

¹²⁰ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 6ª. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2.003, p. 37.

¹²¹ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 229.

¹²² DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 230.

direitos e garantias fundamentais (direitos humanos positivados na Constituição), a observância dos princípios e regras delineados na Constituição, quais sejam, o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório, a fundamentação da decisão com base na reserva legal.¹²³

Somente a partir desta reconstrução democrática, o precedente servirá ao processo constitucional.

¹²³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2.012, p. 32.

3. A CIÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO

3.1. A ciência do direito processual democrático

A filosofia política e a teoria do direito encontram um sério problema em explicar, satisfatoriamente, a relação entre a igualdade e a liberdade, princípios imprescindíveis para a construção de uma sociedade democrática.

De início, parecem inconciliáveis, sob um mesmo prisma filosófico, pois em tese, um é preferencial ao outro, como se verifica nas distintas abordagens de Kant (1.724-1.804) e de Aristóteles (384a.C.-322a.C.). Kant defende a primazia da liberdade como causa das ações humanas,¹²⁴ e, de outro lado, Aristóteles defende a igualdade como fundamento da “justiça”.¹²⁵ Na prática, apresentam-se, a seguir, exemplos nos quais se reportam, de um lado, ao crescimento das desigualdades sociais na predominância do neoliberalismo econômico nos países em desenvolvimento, na década de 1.990, frente à implantação de igualdades sociais nos países socialistas, no século XX, que resultou em uma considerável redução da liberdade.

Em sua teoria “liberal”, Dworkin (1.931-2.013), um autêntico antipositivista, reinterpreta o “liberalismo” e procura demonstrar a necessidade de igualdade e

¹²⁴ “Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos” (grifos no original). KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2.007, p.102.

¹²⁵ “Ora, igualdade implica pelo menos duas coisas. O justo, por conseguinte, deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas). E, como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve duas coisas; e, como justo, o é para certas pessoas. O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta — os objetos distribuídos. [...] Isso, aliás, é evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especificuem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª. ed. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1.991, p. 102.

liberdade se complementarem, prevalecendo a igualdade como seu fundamento, ao contrário da teoria de Rawls (1.921-2.002), na qual prevalece a liberdade.¹²⁶

Há que se assinalar que a expressão “liberal” nos Estados Unidos tem uma conotação própria, que a torna equívoca em outros espaços geográficos. Conduz à noção bem distinta da atribuída no Brasil e na Europa. Nos Estados Unidos, os conservadores associam o termo “liberal” como sinônimo de “socialista”, a merecer um ajuste, de forma a melhor se identificar com as políticas indexadas à social-democracia europeia.¹²⁷ É neste sentido que é possível associar a ideologia “liberal” norte-americana à Rawls.

O “liberalismo” político de Rawls repousa em um princípio igualitário pelo qual

Todos os valores sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito - devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer, ou todos, destes valores traduza em vantagem para todos (tradução livre).¹²⁸

Rawls procura respostas para a preservação da estabilidade das instituições democrático-representativas frente às relevantes diferenças existentes na sociedade moderna. Para Rawls, a estabilidade do sistema político se apoia no consenso sobre questões sociais relevantes, o que ele denomina de “consenso sobreposto” (*overlapping consensus*). Este consenso deve dar-se a partir da manifestação livre sobre questões de igualdade política, igualdade de oportunidade, respeito mútuo e garantia de reciprocidade econômica.¹²⁹

Dworkin, em sua teoria “liberal”, procura uma alternativa ao “liberalismo” de Rawls. Tanto Dworkin quanto Rawls defendem o “liberalismo”, mas as suas justificações são distintas.

Dworkin se declara expressamente a favor de uma teoria “liberal” igualitária do direito,¹³⁰ mas assinala que a sua teoria “liberal” não se equipara à teoria, ainda preponderante, também, de índole “liberal”, que representa o positivismo jurídico, o

¹²⁶ DALL’AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Revista de filosofia Kriterion**. vol. 46, nº. 111. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais, 2.005, *Jan./June* 2.005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2005000100005>>. Acesso em: 05/09/2.014.

¹²⁷ CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. *In*: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2.000, p. 5.

¹²⁸ “All social values - liberty and opportunity, income and wealth, and the social bases of self-respect - are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone's advantage”. RAWLS, John. **A theory of justice**. 6ª print. Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2.003, p. 54.

¹²⁹ CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. *In*: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 200, p. 7.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. vii.

qual Dworkin secciona em duas grandes concepções teóricas. A primeira, sobre o que é o direito:

trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito de regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e nada mais do que isto.¹³¹

E a segunda,

acerca de que o direito deve ser e sobre o modo como as instituições jurídicas que nos são familiares deveriam comportar-se. Essa é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o direito e as instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão-somente isto (grifos acrescentados).¹³²

O autor afirma que o positivismo jurídico e também o utilitarismo afastam um pressuposto “liberal” de extrema relevância, ao desconsiderarem os direitos humanos individuais, ou seja os direitos fundamentais.¹³³

Há uma forte imbricação entre a teoria de Dworkin e a teoria do Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é possibilitar o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Pelas razões expostas pelo autor, não se pode, e nem se deve, considerar o positivismo jurídico como marco teórico do Estado Democrático de Direito, ainda que, no atual momento histórico, obriga-se, durante a construção do paradigma democrático de direito, em razão da realidade posta, a conviver com institutos, instituições e teorias apegadas ao positivismo e não afastáveis de pronto.

Não há como desprezar as contribuições de Dworkin para a ciência do direito, para os direitos fundamentais e para o Estado Democrático de Direito, principalmente quando o tema de estudo em destaque, o precedente judicial, é parte essencial do sistema jurídico do *common law*, gênese do utilitarismo formulado por Bentham (1.748-1.832) e Stuart Mill (1.806-1.873).

A ciência do direito processual democrático deve ancorar-se simultaneamente em bases normativas (princípios e regras) e conceituais,¹³⁴ observando as garantias

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002, p. vii-viii. No original: “it is a theory about the necessary and sufficient conditions for the truth of a proposition of law. This is the theory of legal positivism, which holds that the truth of legal propositions consists in facts about the rules that have been adopted by specific social institutions, and in nothing else”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. vii.

¹³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002, p. vii-viii. No original: “about what the law ought to be, and how the familiar legal institutions ought to behave. This is the theory of utilitarianism, which holds that law and its institutions should serve the general welfare, and nothing else”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. vii.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. vii.

constitucionais do devido processo constitucional e a jurisdição constitucionalizada. No mesmo sentido, a completude e a legitimidade do direito no Estado Democrático há que observar os mesmos fundamentos para o processo legislativo e para o processo administrativo.

Ressalta-se que o direito não se confunde com a moral, apesar de se complementarem, o primeiro não é um subconjunto da segunda, conforme elucida Chamon Junior:

enquanto a Moral se cristaliza em uma forma de saber cultural, enquanto sistema simbólico, o Direito, uma vez que sistema de ação, é capaz de cobrar obrigatoriedade de suas normas em um plano institucional. Ou seja, [...], o Direito supera os déficits funcionais que o sistema da Moral apresenta.¹³⁵

A base normativa do direito se constrói sobre a política geral e sobre a filosofia moral, as quais, por sua vez, dependem de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou sobre a objetividade da moral.¹³⁶ Há que se entender que, no campo da formação e da produção do direito, as normas sofrem decisivas influências políticas e morais,¹³⁷ além de outros valores, inclusive, e infelizmente, os

¹³⁴ Em conformidade com Dworkin, em relação às bases normativa e conceitual: “A general theory of law must be normative as well as conceptual. The normative theory will be embedded in a more general political and moral philosophy which may in turn depend upon philosophical theories about human nature or the objectivity of morality. The conceptual part will draw upon the philosophy of language and therefore upon logic and metaphysics”. Em tradução livre: “Uma teoria geral do direito deve ser normativa bem como conceitual. A teoria normativa será construída sobre uma política e filosofia moral mais abrangentes, que por sua vez, dependem de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou sobre a objetividade da moral. A parte conceitual projeta-se sobre a filosofia da linguagem e portanto sobre a lógica e a metafísica”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. vii-ix.

¹³⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2.009, p. 82.

¹³⁶ Neste sentido Dworkin: “The normative theory will be embedded in a more general political and moral philosophy which may in turn depend upon philosophical theories about human nature or the objectivity of morality. The conceptual part will draw upon the philosophy of language and therefore upon logic and metaphysics [...]. Bentham was the last philosopher in the Anglo-American stream to offer a theory of law that is general in the way just described. One may find in his work a conceptual part and a normative part of a general theory of law, and one may find, within the latter, distinct theories of legitimacy, legislative justice, jurisdiction and controversy, all suitably related under a political and moral theory of utilitarianism and a more general metaphysical theory of empiricism”. Em tradução livre: “A teoria normativa incorpora uma política geral e uma filosofia moral mais abrangentes, as quais, por sua vez, podem depender de teorias filosóficas sobre a natureza humana ou a objetividade moral. A parte conceitual projeta-se a partir da filosofia da linguagem e, portanto, da lógica e da metafísica. [...]. Bentham foi o último filósofo na corrente anglo-americana a oferecer uma teoria do direito que é geral na forma acima descrita. Pode-se encontrar em sua obra uma parte conceitual e uma parte normativa de uma teoria geral do direito, e pode encontrar-se, na última [parte normativa], teorias distintas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, todas devidamente relacionadas com uma teoria política e moral do utilitarismo e uma teoria metafísica mais geral do empirismo”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. VIII-IX.

¹³⁷ Neste sentido, Dworkin: “The legislator may very often concern himself only with issues of background morality or policy in deciding how to cast his vote on some issue. He need not show that

imorais, quando, em qualquer hipótese, a produção normativa deveria pautar-se pelo processo legislativo democrático. No mesmo sentido, se manifesta Chamon Júnior a respeito dos discursos de justificação e de aplicação:

Se no processo legislativo, argumentos referidos a valores (axiológicos), argumentos morais (referidos à justiça) e argumentos pragmatistas (referidos a uma concepção a tomar em conta os meios adequados para realização de determinados fins) podem assumir de maneira determinante a força de argumentos capazes de determinar a decisão legislativa, por outro lado, em um processo jurisdicional tão-somente argumentos jurídicos podem cobrar força em uma decisão, uma vez que estamos nos referindo a um discurso de aplicação normativa e não a um discurso de criação, ou justificação de normas.¹³⁸

Sob ponto de vista semelhante, a dicotomizarem os discursos de justificação e de aplicação, se expressam Marcelo de Oliveira Cattoni e Flávio Quinaud Pedron:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático assim caracterizado. [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um "pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas", a serem argumentativamente problematizadas: "o critério formal da adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação". [...]. O direito, ao contrário do que defende uma jurisprudência dos valores, possui um código binário, e não um código gradual: que normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não apenas acerca de o que é justo para todos (morais) mas também acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores (grifos no original).¹³⁹

his vote is consistent with the votes of his colleagues in the legislature, or with those of past legislatures". Em tradução livre: "O legislador pode, muitas vezes, preocupar-se apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política ao decidir a forma de exercer o seu voto em alguma questão . Ele não precisa mostrar que seu voto é consistente com os votos de seus colegas do legislativo, ou com os de legislaturas anteriores" (grifos acrescidos). DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 112.

¹³⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2.009, p. 181.

¹³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; QUINAUD PEDRON, F. B. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In: Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2.010, p.119-149. Na obra referenciada, os autores se apoiam expressamente em Habermas para firmar o entendimento a respeito do discurso de justificação. Veja-se no próprio Habermas: "The impartial application of a norm closes the gap that normally had to remain open in the norm's impartial justification because of the unforeseeability of future situations. Discourses of application concern not the norm's validity but its appropriate reference to a situation. Because each norm selects only specific features of an individual case situated in the lifeworld, the application discourse must determine which descriptions of the facts are significant and exhaustive for interpreting the situation in a disputed case; it must also determine which of the prima facie valid norms is the appropriate one once all the significant features of the situation have been apprehended as fully as possible". Em tradução livre: "A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que normalmente teve que permanecer aberta na justificação imparcial da norma por causa da imprevisibilidade das

Como consequência do afirmado, na aplicação das normas, no caso concreto, é antidemocrático e lamentável que a autoridade jurisdicional, na fundamentação das decisões se ampare em componentes morais, subjetivos, arbitrários, discricionários e em argumentos políticos.

A base conceitual do Estado Democrático de Direito não se coaduna com o positivismo jurídico, nem de Bentham, nem o atualizado de Hart (1.907-1.992), que indevidamente concebe o direito como produto de decisões não participadas,¹⁴⁰ assim como os direitos serem determinados apenas por um rol de normas explícitas de um ordenamento jurídico.¹⁴¹ A parte conceitual é construída pela filosofia da linguagem, espécie da filosofia analítica, pela lógica e pela argumentação.¹⁴²

Os direitos e as garantias constitucionais são prerrogativas que os indivíduos obtiveram em confrontos políticos durante um longo período histórico e não resultam da dádiva do poder,¹⁴³ ou da oferta mítica dos deuses.¹⁴⁴ Da mesma forma, não é

situações futuras. Discursos de aplicação não se preocupam com a validade da norma, mas com a sua referência adequada para a situação. Uma vez que cada norma seleciona apenas aspectos específicos de cada caso situado no mundo da vida, o discurso de aplicação deve determinar quais descrições dos fatos são significativos e exaustivos para interpretar a situação de um caso em disputa; ele também deve determinar quais normas *prima facie* válidas são as mais adequadas, uma vez todos os aspectos significativos da situação tenham sido apreendidos, tanto quanto possível". HABERMAS, Jürgen, **Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Transl. William Rehg. New Baskerville: MIT Press, 1.996, p. 217, 218.

¹⁴⁰ "The ruling theory is also criticized because it is rationalistic. It teaches, in its conceptual part, that law is the product of deliberate and purposeful decision by men and women planning, through such decisions, to change the community through general obedience to the rules their decisions create". Em tradução livre: "A teoria dominante é também criticada por ser racionalista. Ensina, em sua parte conceitual, que o direito é o produto de decisões deliberadas e intencionais de homens e mulheres que planejam, por meio de tais decisões, modificar a comunidade através da obediência geral às regras que as decisões criam". DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. x.

¹⁴¹ "Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that is, that individuals or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community's law". Em tradução livre: "O positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos jurídicos podem preexistir a qualquer forma de legislação, ele rejeita a ideia de que os indivíduos ou grupos podem ter direitos a uma decisão para além dos direitos expressamente previstos na coleção de regras explícitas que compõem o ordenamento jurídico de uma comunidade". DWORKIN, Ronald. **Taking Rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. xi.

¹⁴² Na concepção que Dworkin trabalha: "The conceptual part will draw upon the philosophy of language and therefore upon logic and metaphysics". Em tradução livre: "A parte conceitual irá se projetar sobre a filosofia da linguagem e, portanto, na lógica e metafísica". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. x.

¹⁴³ Sobre uma breve noção de poder: "[...] em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do Poder social". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale *et al.* 11ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.998, vol. I, p. 933.

crível que os órgãos julgadores também recebam orientações de divindades para exercerem as suas atribuições, como alguns, e não são poucos, creem e praticam. A toga não pode ser mais um símbolo sobre o qual o homem ainda se ilude, se protege, oprime e pratica arbitrariedades, em muitas situações acatadas, respeitosa, por uma categoria muitas vezes subserviente.¹⁴⁵

O positivismo jurídico defende que os indivíduos só são titulares de direitos quando estes foram formatados por decisões políticas ou práticas sociais expressas.¹⁴⁶ Este ponto de vista é incompatível com o Estado Democrático de Direito, no qual os direitos são aplicados a partir do processo e de decisões judiciais

¹⁴⁴ No mesmo sentido o entendimento de Dworkin: “But the idea of individual rights that [...] not presuppose any ghostly forms; that idea is, in fact, of no different metaphysical character from the main ideas of the ruling theory itself [positivism]”. Em tradução livre: “Mas a ideia de direitos individuais [...] não pressupõe nenhuma forma fantasmal; a ideia é que, de fato, não há característica metafísica distinta das principais ideias da teoria dominante [positivismo]”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. xi.

¹⁴⁵ Lenio Streck, no mesmo sentido do adotado pelo texto, explica: “Finalmente, o Direito compõe-se de uma estrutura discursiva, composta de doutrina e jurisprudência, a partir da qual é possível sempre fazer uma reconstrução da história institucional, extraíndo daí aquilo que chamo de DNA do Direito (e do caso). Isso quer dizer que sentença não vem de *sentire*; sentença não é uma escolha do juiz; sentença é decisão (de-cisão). Há uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, representada pelo dever (*has a duty*) de *accountability* (hermenêutica) em obediência ao artigo 93, inciso IX, da CF. Portanto, a sentença ou acórdão não deve ser, em uma democracia, produto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor” (grifos acrescentados). STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>>. Acesso em: 18/01/2.014. Outro exemplo indicativo: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (grifos acrescentados). Voto do Min. Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279889, realizado em 14/08/2.002. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200101540593&data=28/10/2003>. Acesso em: 10/02/2.014.

¹⁴⁶ Dworkin explicita a sua concepção (neste ponto, em resumo) do positivismo jurídico, quando afirma: “Legal positivism, in this vocabulary, is the theory that individuals have legal rights only insofar as these have been created by explicit political decisions or explicit social practice”. Em tradução livre: “Positivismo jurídico, neste vocabulário, é a teoria segundo a qual os indivíduos somente têm direitos jurídicos na medida em que estes foram criados por decisões políticas explícitas ou práticas sociais explícitas”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. xii.

construídos participadamente,¹⁴⁷ e na ausência de normas expressas ou em casos difíceis, os princípios constitucionais compõem a base normativa para a solução do conflito.

Os argumentos de princípio e os de política da teoria de Dworkin são, por sua vez, plenamente compatíveis com o Estado Democrático de Direito, contando que a aplicação de cada um constitua a base dialógica das respectivas funções estatais.¹⁴⁸ Isto quer dizer que, no exercício das funções legislativas, os argumentos de política são legítimos para o processo legislativo e a partir deles é que se constroem as normas do direito. Por outro lado, os argumentos de princípio são indispensáveis na construção do processo jurisdicional de caráter democrático, no qual o processo e as decisões são delineados comparticipadamente. Não seria legítimo construir o processo jurisdicional a partir de argumentos de política, pois a adoção de valores subjetivos, componentes morais e pressões políticas, resultaria em um processo arbitrário e corrompido.

A respeito do que sejam argumentos de princípios e argumentos de política, Dworkin faz o seguinte esclarecimento:

Argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os direitos e objetivos, e qual é a diferença? É difícil fornecer qualquer definição que não incorra em petição de princípio. Parece natural dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão é um direito, não um objetivo, porque os cidadãos têm direito à liberdade por uma questão de moralidade política, e que o aumento na produção de armamento é um objetivo, não um

¹⁴⁷ Em sentido contrário: “Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo. No direito atual essa valoração é feita preponderantemente pelo juiz, a quem poucos e específicos parâmetros são impostos pela lei; o juiz aprecia os elementos probatórios, menos considerando aprioristicamente as fontes ou meios de prova como categorias abstratas (prova testemunhal, prova documental, prova pericial) e mais sob influência que cada prova efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico. Existe notoriamente uma graduação do poder de convicção segundo as fontes utilizadas, mas ela não é ditada pela lei, não é de observância obrigatória para o juiz e sequer se impõe de modo constante ou regular em todos os casos. Esses critérios são preponderantemente subjetivos e correspondem aos juízos ordinariamente feitos pelos próprios juízes e tribunais” (grifos acrescidos). DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2.003, p. 103.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, Dworkin: “[...] provides a normative theory of adjudication, which emphasizes the distinction between arguments of principle and policy, and defends the claim that judicial decisions based on arguments of principle are compatible with democratic principles”. Em tradução livre: “[...] oferta uma teoria normativa da decisão judicial, a qual enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e de política, e defende a tese de que as decisões judiciais com base em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. xii.

direito, porque contribui para o bem-estar coletivo, mas nenhum fabricante em particular tem direito a um contrato com o governo (tradução livre).¹⁴⁹

Argumentos de princípio se referem, pois, a direitos e se prestam a subsidiarem decisões jurisdicionais para a solução de conflitos.

Argumentos de política, por outro lado, são diretrizes políticas que defendem o estabelecimento de objetivos que intencionam melhorias econômica, política ou social para uma parcela, majoritária ou minoritária, da comunidade. Dworkin explica o que seja um objetivo político:

Eu inicio com a noção de um objetivo político, como uma justificação política genérica. A teoria política leva em consideração um certo estado de coisas como um objetivo político. Para essa teoria, conta a favor qualquer decisão política para que ela seja alcançada, ou para proteger determinado estado de coisas, e desfavoravelmente a decisão que irá retardar ou colocar em perigo tal estado. O direito político é um objetivo político individualizado (tradução livre).¹⁵⁰

A partir da diferenciação entre argumentos de política e argumentos de princípio, é possível concluir que os órgãos julgadores não estão legitimados constitucionalmente a fundamentarem as suas decisões nos primeiros e ao fazerem afrontam as atribuições do parlamento. Ocorre que este comportamento é usual no exercício da jurisdição, o que será a seguir exemplificado. Trata-se da utilização conjunta da discricionariedade e de argumentos de política na fundamentação da decisão.

No *case McLoughlin v. O'Brian K.*,¹⁵¹ o cônjuge e três filhos da demandante envolveram-se em um grave acidente de trânsito, no qual o veículo em que estavam foi atingido por um caminhão, provocado por negligência do motorista deste, réu na demanda. Uma das crianças morreu no acidente. Uma ambulância transportou as

¹⁴⁹ No original: "Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals. But what are rights and goals and what is the difference? It is hard to supply any definition that does not beg the question. It seems natural to say, for example, that freedom of speech is a right, not a goal, because citizens are entitled to that freedom as a matter of political morality, and that increased munitions manufacture is a goal, not a right, because it contributes to collective welfare, but no particular manufacturer is entitled to a government contract". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 90.

¹⁵⁰ No original: "I begin with the idea of a political aim as a generic political justification. A political theory takes a certain state of affairs as a political aim if, for that theory, it counts in favor of any political decision that the decision is likely to advance, or to protect, that state of affairs, and counts against the decision that it will retard or endanger it. A political right is an individuated political aim". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 90.

¹⁵¹ ENGLAND. **House of Lords**. *McLoughlin v O'Brian* [1.983] 1 AC 410, 429. Disponível em: <<http://www.pierre-legrand.com/mcloughlin-v-obrian.pdf>>. Acesso em: 20/01/2.015. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1.986, p. 23, 24.

vítimas para o hospital. A demandante, informada do acidente, se deslocou imediatamente para o hospital, onde ficou sabendo da morte da filha mais jovem, bem como, presenciou o sofrimento dos outros membros da família, antes que eles fossem medicados. No processo, a demandante alega, em razão do anúncio da morte de sua filha e do cenário de sofrimento de seus familiares que presenciou no hospital, choque emocional grave, depressão e mudança de personalidade. A demandante pediu indenização pelo prejuízo psiquiátrico que sofreu. O juiz de primeira instância indeferiu o pedido da demandante, fundamentando a sua decisão em divergência fática com o precedente que poderia assemelhar-se ao caso. Até aquele momento, a jurisprudência somente havia reconhecido indenização por danos emocionais às pessoas que estavam presentes nas cenas dos acidentes ou próximas a estes. A demandante interpôs recurso à *Court of Appeal*. Debateu-se no tribunal se os precedentes referenciados pela parte autora e pelo juiz de primeira instância deveriam ser aplicados ao caso da ora recorrente. Discutiuiu-se, também, se o dano psicológico era razoavelmente previsível ou não. A *Court of Appeal* indeferiu o pedido da recorrente, com fundamentos diversos daqueles presentes na decisão do juiz de primeira instância. O tribunal argumentou que havia importantes circunstâncias políticas, a serem consideradas, na medida em que a procedência do pedido se tornaria um precedente a provocar uma avalanche de novas demandas. A demandante interpôs recurso à *House of Lords* que por unanimidade deu provimento ao recurso.¹⁵²

A partir do relato do *case McLoughlin v. O'Brian K.*, verifica-se que o tribunal utilizou a discricionariedade ao aplicar um argumento de política, desconsiderando as argumentações das partes. Mas não é só, o tribunal poderia, da mesma forma que utilizou argumentos de política, aplicar, equivocadamente, a discricionariedade para afastar ou aproximar o caso *sub judice* aos precedentes citados, sob outra fundamentação. Por esta razão, faz-se necessário que, no processo democrático, para afastar a discricionariedade, a fundamentação, consectária das argumentações apresentadas pelos interessados, demonstre as razões pelas quais os argumentos são suficientes e necessários para o acolhimento ou não do pedido do demandante,

¹⁵² ENGLAND. **House of Lords**. *McLoughlin v O'Brian* [1.983] 1 AC 410, 429. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/McLoughlin-v-O-Brian.php>>. Acesso em: 12/11/2.014. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 218.

como expressamente destaca o novo Código de Processo Civil, em seu art. 486, §1º, IV.

De certa forma, juízes que se apoiam em argumentos de política, para decidirem casos concretos, terminam por criarem direitos e, neste sentido há duas objeções a esta fictícia legitimidade. A primeira se refere ao comprometimento da função legislativa. Quando juízes se arvoram em criar direitos, ocorre uma transgressão à legitimidade do parlamento, cujo corpo é composto de cidadãos eleitos por seus representantes. Juízes, em regra, não são eleitos e não detém qualquer compromisso com o eleitorado, e não lhes compete a função originária de criar o direito.

Dworkin, neste sentido, afirma que:

As decisões políticas devem, portanto, ser elaboradas por meio da operação de algum processo político, destinado a produzir uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em conta. O sistema político da democracia representativa pode trabalhar apenas indiferentemente a este respeito, mas funciona melhor do que um sistema que permite que os juízes não eleitos, que não têm interação com os eleitores, lobistas ou grupos de pressão, possam comprometer interesses conflitantes em seus gabinetes (tradução livre).¹⁵³

A segunda objeção diz respeito à questão da retroatividade da lei, que representa um fator de insegurança jurídica para a sociedade. A possibilidade de criar o direito por decisão judicial se dá *post factum*, sempre em momento posterior ao que ocorreu o conflito, que surgiu a partir de um ou vários fatos sociais. Ao criar o direito, por meio de decisão, posterior ao conflito, o juiz estará retroagindo a norma ilegitimamente instituída por ele, no tempo presente (da decisão), para aplicá-la a um fato ocorrido no passado e com isto ofenderá o princípio da irretroatividade da norma, tão caro à segurança dos cidadãos.¹⁵⁴ Esta situação se torna ainda mais grave quando a decisão é fruto de um comportamento solipsista do juiz.

¹⁵³ No original: "Policy decisions must therefore be made through the operation of some political process designed to produce an accurate expression of the different interests that should be taken into account. The political system of representative democracy may work only indifferently in this respect, but it works better than a system that allows nonelected judges, who have no mail bag or lobbyists or pressure groups, to compromise competing interests in their chambers". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 85.

¹⁵⁴ A crítica de Dworkin: "The familiar story, that adjudication must be subordinated to legislation, is supported by two objections to judicial originality. The first argues that a community should be governed by men and women who are elected by and responsible to the majority. Since judges are, for the most part, not elected, and since they are not, in practice, responsible to the electorate in the way legislators are, it seems to compromise that proposition when judges make law. The second argues that if a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event. These two arguments combine to support the traditional ideal that adjudication

Sobre esta segunda objeção, Dworkin se manifesta:

[...] é também convincente, inclusive, quando utilizada por uma decisão gerada pela política. Todos nós concordamos que seria errado sacrificar os direitos de um homem inocente em nome de algum novo direito criado após o fato, [...] (tradução livre).¹⁵⁵

Considerando corretas essas objeções, não é aceitável, em ordenamentos jurídicos que se fundamentam no princípio da legalidade, adotar a teoria jurídica que permite a criação do direito a partir do precedente, uma vez que esta técnica irá se confrontar com uma dessas duas objeções, quando não das duas. Conclui-se, portanto, que, no Estado Democrático de Direito, ilegítima é a criação do direito pelo precedente, ressaltando-se que a sua função não é criar direitos e sim aumentar a estabilidade e coerência¹⁵⁶ do sistema jurídico, observando e aplicando o direito criado por seu legítimo titular, ou seja, os representantes do povo.

O primeiro fundamento, que permite afastar a aplicação de argumentos de política em casos concretos, ao optar pela implementação de argumentos de princípios, pode ser assim defendido:

[...], uma vez que um argumento de princípio nem sempre se apoia em pressupostos sobre a natureza e intensidade das diferentes demandas e preocupações distribuídas por toda a comunidade. Pelo contrário, um argumento de princípio se fixa em algum interesse apresentado pelo proponente do direito, descrito por ele, um interesse alegado de tal caráter

should be as unoriginal as possible. But they offer much more powerful objections to judicial decisions generated by policy than to those generated by principle. The first objection, that law should be made by elected and responsible officials, seems unexceptionable when we think of law as policy; that is, as a compromise among individual goals and purposes in search of the welfare of the community as a whole". Em tradução livre: "A tradicional história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação está baseada em duas objeções frente à originalidade judicial [criação do direito pelo juiz]. A primeira objeção argumenta que a comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Desde que juízes não são, em sua maior parte, eleitos e desde que eles não são, na prática, responsáveis perante o eleitorado, da mesma forma que os legisladores, essa situação parece comprometer a proposição de juizes criarem o direito. A segunda objeção argumenta que se os juízes criam um direito novo e o aplicam retroativamente aos casos que lhes são apresentados, então a parte que perdeu será punida não porque violou algum dever, mas em razão de um dever criado pelo juiz, após o fato. Esses dois argumentos combinam para dar fundamento ao ideal tradicional de que a decisão judicial deve ser a menos original possível [o juiz deve evitar criar o direito]. Mas estes argumentos oferecem objeções mais poderosas para decisões geradas por políticas do que aquelas geradas por princípios. A primeira objeção, de que o direito deve ser criado pelos eleitos e responsáveis, parece inatacável quando pensamos o direito como política; isto é, como compromisso entre objetivos individuais e propósitos na procura do bem-estar da comunidade como um todo". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 84.

¹⁵⁵ No original: "[...] is also persuasive against a decision generated by policy. We all agree that it would be wrong to sacrifice the rights of an innocent man in the name of some new duty created after the event; [...]" DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 85.

¹⁵⁶ Critério pelo qual os casos semelhantes são decididos da mesma maneira. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1.999, p. 263.

que torna irrelevante as discriminações de qualquer argumento de política que ela possa se opor (tradução livre).¹⁵⁷

O segundo fundamento, para validar o argumento de princípio e evitar o de política na solução de conflitos levados à jurisdição, está em que,

Se o requerente tem um direito contra o réu, como consequência, o réu tem um dever correspondente, e é este dever, não algum novo dever criado pelo tribunal, que justifica a decisão contra ele. Mesmo que o dever não tenha sido imposto sobre ele [o réu] por uma explícita legislação prévia, não há, exceto por uma diferença, mais injustiça na imposição desse dever do que se tivesse sido imposto explicitamente. A diferença está, de certo modo, em que, se o dever tivesse sido criado por lei, o réu teria sido informado mais explicitamente do dever, e seria razoável que tivesse organizado os seus negócios de forma a prever as consequências do descumprimento do dever. Mas, um argumento de princípio que nos faz olhar para a alegação do réu, é que é injusto surpreendê-lo, em uma nova situação (tradução livre).¹⁵⁸

Desta forma, é possível afirmar que a legitimidade das decisões jurisdicionais no processo constitucional de caráter democrático se ampara em bases normativas e conceituais, onde não há espaço para a inserção de argumentos de política.

3.2. O processo constitucional e o poder discricionário do órgão julgador

O processo não é o *locus* apropriado para o exercício da discricionariedade, termo afeto à teoria positivista,¹⁵⁹ que autoriza o órgão julgador a decidir, a partir do exercício do seu suposto poder discricionário,¹⁶⁰ no caso de não haver uma regra preexistente.

¹⁵⁷ No original: “[...], because an argument of principle does not often rest on assumptions about the nature and intensity of the different demands and concerns distributed throughout the community. On the contrary, an argument of principle fixes on some interest presented by the proponent of the right it describes, an interest alleged to be of such a character as to make irrelevant the fine discriminations of any argument of policy that might oppose it”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 85.

¹⁵⁸ No original: “If the plaintiff has a right against the defendant, then the defendant has a corresponding duty, and it is that duty, not some new duty created in court, that justifies the award against him. Even if the duty has not been imposed upon him by explicit prior legislation, there is, but for one difference, no more injustice in enforcing the duty than if it had been. The difference is, of course, that if the duty had been created by statute the defendant would have been put on much more explicit notice of that duty, and might more reasonably have been expected to arrange his affairs so as to provide for its consequences. But an argument of principle makes us look upon the defendant’s claim, that it is unjust to take him by surprise, in a new light”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 85-86.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 31.

¹⁶⁰ “We may now return, with these observations in hand, to the positivists’ doctrine of judicial discretion. That doctrine argues that if a case is not controlled by an established rule, the judge must decide it by exercising discretion”. Em tradução livre: “Podemos agora retornar, com essas observações na mão, para a doutrina positivista da discricionariedade judicial. Essa doutrina argumenta que, se um caso não é controlado por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo pelo

A discricionariedade se vincula a padrões estabelecidos por uma autoridade, para atos a serem praticados em determinada situação, oportunizando-lhe a melhor escolha,¹⁶¹ o que demonstra alguma abertura subjetiva para o decisor. O modelo democrático de Estado de Direito, ao se fundamentar na efetiva participação das partes na construção do processo, afasta de *per si* a discricionariedade do órgão julgador.

Indo além, há uma corrente do positivismo que defende o poder discricionário do órgão julgador independentemente da preexistência ou não da regra, afirmando serem os juízes a autoridade a proferir a última palavra em relação à “lei”.¹⁶²

Ao analisar este entendimento, constata-se uma forte contradição, pois se os juízes e tribunais pudessem modificar a qualquer momento as regras, estas não seriam obrigatórias para eles, o que contraria o próprio positivismo. Assim, mesmo o poder discricionário dos juízes se encontra limitado por regras, que determinam quando o órgão julgador pode ou não alterar uma regra preestabelecida.¹⁶³

exercício da discricionariedade”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 33.

¹⁶¹ Dworkin se expressa a respeito da discricionariedade, afirmando que: “The concept of discretion is at home in only one sort of context; when someone is in general charged with making decisions subject to standards set by a particular authority. [...] Discretion, [...], does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It always makes sense to ask, ‘Discretion under which standards?’ or ‘Discretion as to which authority?’ Generally the context will make the answer to this plain, but in some cases the official may have discretion from one standpoint though not from another”. Em tradução livre: “O conceito de discricionariedade está presente em apenas um tipo de contexto, quando alguém é encarregado de, em geral, tomar decisões a partir de padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...] Discricionariedade, [...], não existe a não ser como uma área aberta delimitada por um círculo de restrições. Discricionariedade, portanto, é um conceito relativo. Sempre faz sentido questionar: ‘discricionariedade sob quais padrões?’ ou ‘discricionariedade a respeito de qual autoridade?’ Geralmente, o contexto dará a resposta a esta simples, mas, em alguns casos, a autoridade pode ter discricionariedade em razão de um ponto de vista, embora de outro não”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 31.

¹⁶² “Some nominalists argue that judges always have discretion, even when a clear rule is in point, because judges are ultimately the final arbiters of the law”. Em tradução livre: “Alguns nominalistas argumentam que os juízes sempre têm discricionariedade, mesmo quando uma regra é, no ponto, clara, porque os juízes são em última análise, os árbitros finais da lei”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 33.

¹⁶³ “In most American jurisdictions, and now in England also, the higher courts not infrequently reject established rules. Common law rules - those developed by earlier court decisions - are sometimes overruled directly, and sometimes radically altered by further development. Statutory rules are subjected to interpretation and reinterpretation, sometimes even when the result is not to carry out what is called the ‘legislative intent’. If courts had discretion to change established rules, then these rules would of course not be binding upon them, and so would not be law on the positivists’ model. The positivist must therefore argue that there are standards, themselves binding upon judges, that determine when a judge may overrule or alter an established rule, and when he may not”. Em tradução livre: “Na maioria das jurisdições americanas e, agora, também na Inglaterra, os tribunais superiores não raramente rejeitam as regras estabelecidas. Regras do *common law* - aquelas desenvolvidas por decisões judiciais anteriores - algumas vezes são revogadas, e outras vezes são radicalmente alteradas por formulações posteriores. As regras formuladas pelo parlamento estão

Em sistemas jurídicos mais estáveis, como, por exemplo, o ordenamento jurídico norte-americano e o inglês, os juízes não têm ampla liberdade para alterarem, ao seu livre entendimento, a interpretação de uma regra ou de um precedente, sob pena de reduzir a eficiência do sistema, uma vez que a instabilidade e a incoerência na interpretação normativa levam-no à sua deterioração. Os juízes estão obrigados a respeitar a supremacia do legislativo e também os precedentes dos tribunais, para a eficiência e consistência do sistema, ressaltando que as alterações na interpretação das regras jurídicas devem obedecer a padrões predeterminados.¹⁶⁴

O positivismo jurídico, nos casos difíceis, atribui ao juiz o poder discricionário para resolver, arbitrariamente, o conflito a favor de uma ou de outra parte, a partir da produção de uma norma retroativa para o caso, o que, em tese, viola o princípio da segurança jurídica, por aplicar uma norma formulada posteriormente ao fato, situação sobre a qual assevera Dworkin:

O positivismo jurídico oferta uma teoria para os casos difíceis. Quando uma demanda específica não puder ser tratada sob uma regra clara de direito, prevista por alguma instituição com antecedência, então o juiz tem, de acordo com essa teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma ou outra maneira. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra parte tinha o direito preexistente de ganhar a demanda, mas tal ideia é apenas uma ficção. Na realidade, ele [o juiz] legislou novos direitos, e, em seguida, aplicou-os retroativamente para a

sujeitas a interpretações e reinterpretações, por vezes, mesmo quando não resultam do que é chamado de ‘intenção legislativa’. Se os tribunais tivessem poder discricionário para alterar as regras estabelecidas, então essas regras não seriam vinculantes para eles e por isso não haveria direito no modelo positivista. O positivista deve, portanto, argumentar que existem padrões que vinculam os juízes, que determinam quando um juiz pode revogar ou alterar uma regra estabelecida, e quando ele não pode”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 37.

¹⁶⁴ “Second, any judge who proposes to change existing doctrine must take account of some important standards that argue against departures from established doctrine, and these standards are also for the most part principles. They include the doctrine of ‘legislative supremacy’, a set of principles that require the courts to pay a qualified deference to the acts of the legislature. They also include the doctrine of precedent, another set of principles reflecting the equities and efficiencies of consistency. The doctrines of legislative supremacy and precedent incline toward the *status quo*, each within its sphere, but they do not command it. Judges are not free, however, to pick and choose amongst the principles and policies that make up these doctrines - if they were, again, no rule could be said to be binding”. Em tradução livre: “Em segundo lugar, qualquer juiz que se propõe a alterar a doutrina existente deve levar em conta alguns padrões importantes que não apoiam desvios na doutrina estabelecida, e esses padrões são em sua maior parte princípios. Esses padrões incluem a doutrina da ‘supremacia legislativa’, um conjunto de princípios que requer dos tribunais uma deferência qualificada para os atos do parlamento. Os padrões também incluem a doutrina do precedente, um outro conjunto de princípios que reflete as ações e a consistência. As doutrinas da supremacia legislativa e do precedente inclinam em direção ao *status quo*, cada uma em sua esfera, mas elas não são imperativas. Os juízes não são livres para escolher os princípios e políticas que compõem essas doutrinas - se fossem, nenhuma regra poderia se dizer que é obrigatória”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 37-38.

demanda em questão. [...]. Eu argumentei que essa teoria de julgamento é totalmente inadequada (tradução livre).¹⁶⁵

Em seguida, o autor apresenta uma teoria, por meio da qual é possível ao juiz,¹⁶⁶ mesmo nos casos difíceis, reconhecer à parte o seu direito, sem a inconstitucional criação de norma *post factum*:

[...] eu vou descrever e defender uma teoria melhor. Devo argumentar que, mesmo quando nenhuma regra estabelecida dispõe sobre o caso, uma das partes pode, no entanto, ter o direito de ganhar. Resta o dever do juiz, mesmo em casos difíceis, descobrir que direitos as partes têm, e não inventar novos direitos a serem aplicados retroativamente (tradução livre).¹⁶⁷

Ao descrever a possibilidade de os tribunais criarem o direito, quando se tratar de casos difíceis, nos quais não há regra específica a ser aplicada, Dworkin afirma que nestes casos, os tribunais agiriam como delegados do “poder” legislativo, aplicando argumentos de política.¹⁶⁸ Mas, após descrever esta situação, a refuta declarando que:

¹⁶⁵ No original: “Legal positivism provides a theory of hard cases. When a particular lawsuit cannot be brought under a clear rule of law, laid down by some institution in advance, then the judge has, according to that theory, a ‘discretion’ to decide the case either way. His opinion is written in language that seems to assume that one or the other party had a pre-existing right to win the suit, but that idea is only a fiction. In reality he has legislated new legal rights, and then applied them retrospectively to the case at hand. [...]. I argued that this theory of adjudication is wholly inadequate”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 81.

¹⁶⁶ Não se negligencia a imprescindível participação da jurisdição, das partes e dos interessados na construção do processo e da decisão.

¹⁶⁷ No original: “[...] I shall describe and defend a better theory. I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights retrospectively”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 81.

¹⁶⁸ “Theories of adjudication have become more sophisticated, but the most popular theories still put judging in the shade of legislation. The main outlines of this story are familiar. Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice. Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem. [...]. When judges make law, so the expectation runs, they will act not only as deputy to the legislature but as a deputy legislature. They will make law in response to evidence and arguments of the same character as would move the superior institution if it were acting on its own”. Em tradução livre: “Teorias da decisão judicial se tornaram mais sofisticadas, mas as teorias mais populares ainda colocam o julgamento na sombra da legislação. Os principais contornos desta história são familiares. Os juízes devem aplicar o direito que outras instituições criaram, eles não devem criar um direito novo. É o ideal, mas por razões diferentes isso não pode ser realizado totalmente na prática. As leis e as regras do *common law* são muitas vezes vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas aos novos casos. Em alguns casos, por outro lado, suscitam-se questões tão novas que não podem ser decididas pela ampliação ou reinterpretação das regras existentes. Assim, os juízes devem, em algumas vezes, criar um direito novo, implicitamente ou explicitamente. Mas quando o fizerem, devem agir como delegados do legislativo, promulgando o direito que eles supõem que o

No entanto, proponho a tese de que as decisões judiciais em matéria civil, mesmo em casos difíceis, como *Spartan Steel*, caracteristicamente são e devem ser gerados por [argumentos de] princípios, não por [argumentos de] política (tradução livre).¹⁶⁹

Dworkin denuncia um procedimento prejudicial ao Estado Democrático de Direito, que ocorre no sistema americano e com frequência é adotado no sistema judiciário brasileiro, com grandes chances de manter-se com a implementação dos precedentes pelo novo Código de Processo Civil. A crítica se refere à utilização dos argumentos de política, utilizados pelos juízes, no julgamento das demandas de forma casuística, aplicando a cada decisão um entendimento diverso, comprometendo a consistência e a estabilidade do sistema:

Um argumento de princípio pode ofertar uma justificativa para uma decisão particular sob a doutrina da responsabilidade, somente se o princípio citado mostrar-se coerente com as decisões anteriores não refutadas e com as decisões que a instituição poderia tomar nas circunstâncias hipotéticas [futuras]. Isso não é de surpreender, mas o argumento [de princípio] não se manteria se os juízes baseassem as suas decisões em argumentos de política. Eles teriam liberdade para dizer que alguma política pode ser adequadamente sustentada para o caso em julgamento, concedendo, por exemplo, o direito ao subsídio apenas a alguma indústria com problemas, de modo que nem decisões anteriores, nem as decisões futuras hipotéticas precisariam ser entendidas como sustentação da mesma política (tradução livre).¹⁷⁰

O teórico esclarece que os juízes são autoridades políticas¹⁷¹ e como tais estão subordinados à teoria da responsabilidade política,¹⁷² quando se comportarem em desconformidade com as suas atribuições.

legislativo iria promulgar se estivessem diante do problema. [...]. Quando juízes criam o direito, a expectativa é que eles vão agir não apenas como delegados do legislativo, mas como legisladores. Eles vão criar o direito em resposta aos fatos e argumentos de mesma características que moveria a instituição superior se o fizesse por sua iniciativa própria” (grifo acrescido). DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 82.

¹⁶⁹ No original: “I propose, nevertheless, the thesis that judicial decisions in civil cases, even in hard cases like *Spartan Steel*, characteristically are and should be generated by principle not policy”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 84.

¹⁷⁰ No original: “An argument of principle can supply a justification for a particular decision, under the doctrine of responsibility, only if the principle cited can be shown to be consistent with earlier decisions not recanted, and with decisions that the institution is prepared to make in the hypothetical circumstances. That is hardly surprising, but the argument would not hold if judges based their decisions on arguments of policy. They would be free to say that some policy might be adequately served by serving it in the case at bar, providing, for example, just the right subsidy to some troubled industry, so that neither earlier decisions nor hypothetical future decisions need be understood as serving the same policy”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 87.

¹⁷¹ “Judges, like all political officials, are subject to the doctrine of political responsibility”. Em tradução livre: “Juízes como todas autoridades políticas estão sujeitas à doutrina da responsabilidade política”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 87.

¹⁷² “This doctrine states, in its most general form, that political officials must make only such political decisions as they can justify within a political theory that also justifies the other decisions they propose

O que se pode concluir é que o processo jurisdicional no Estado Democrático de Direito não é compatível com a aplicação da discricionariedade e com a utilização dos argumentos de política pelo órgão julgador, porque estas práticas chancelam uma possível realização de um processo arbitrário e antidemocrático.

3.3. O precedente como componente do modelo de integridade do sistema jurídico

Lenio Streck se manifesta, corretamente, ao afirmar que não serão apenas reformas legislativas, novas nomenclaturas, novos institutos e deslumbramentos que irão melhorar o sistema jurídico.¹⁷³

As causas são inúmeras e complexas e não há preocupação, vontade, ou conhecimento para corrigi-las globalmente, se é que se sabe quais ações devem ser adotadas. Mas, não se pode negar que algo está sendo feito, ainda que seja apenas para mascarar a realidade. Não se sabendo como solucionar os problemas, prefere colocar-se em evidência o problema crônico do excessivo número de processos nos tribunais. Sob uma visão míope, medidas que objetivam uma imediata redução do estoque de processos tendem a representar uma suposta “eficiência” do judiciário, como por exemplo, a fixação de metas numéricas, sem grandes preocupações em relação aos direitos e garantias fundamentais.¹⁷⁴

Os precedentes se aplicados tão somente para reduzir o estoque de processos acumulados nos tribunais pouco ou nada contribuirão para o desenvolvimento do processo jurisdicional e para garantia dos direitos fundamentais. Mas, se aplicados como mecanismo contributivo da integridade do sistema,

to make. The doctrine seems innocuous in this general form; but it does, even in this form, condemn a style of political administration that might be called, following Rawls, intuitionist”. Em tradução livre: “Esta doutrina [teoria da responsabilidade política] afirma, em sua forma mais geral, que as autoridades políticas somente devem tomar decisões políticas quando justificáveis sob uma teoria política que também justifique outras decisões que se propõem a tomar. A doutrina parece inócua nesta forma geral, mas ela, mesmo sob esta forma, condena um estilo de administração política que poderia ser chamada, seguindo Rawls, de intucionista”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 87.

¹⁷³ Na introdução da obra “O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?”, Lenio Streck apresenta a política do “*agora vai*”, por meio da qual acumulam-se reformas legislativas, na infundável esperança de aumentar, a qualquer custo, inclusive com ofensa direta aos direitos fundamentais, o desempenho do judiciário, quase sempre focado na eficiência quantitativa. STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014, p. 13.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014, p. 14.

certamente, poderão melhorar a sua consistência e estabilidade. Porém, parece que este papel, se entregue deliberadamente aos julgadores, consistirá, tão somente, na formação de uma padronização de um só partido, qual seja, a dos tribunais superiores. A consolidação deste estado em nada contribuirá para a democracia. É, portanto, necessária a participação de todos os interessados, partes, órgãos julgadores e teóricos, para a construção de uma teoria democrática dos precedentes. Ao se adotar, tão somente, a transposição da configuração dos precedentes do sistema do *common law* para o ordenamento jurídico brasileiro, não há dúvida que reduzida será a contribuição ao Estado Democrático de Direito, pois, prevalecerá o positivismo e o encarceramento da formatação dos precedentes como propriedade dos tribunais.¹⁷⁵

O direito, no Estado Democrático, se manifesta em reflexões e interpretações construtivo-participadas, possibilitando que a sua aplicação seja a melhor justificativa das práticas jurídicas.¹⁷⁶ Nessa dimensão, se consistentemente adotados, os precedentes passam a atuar na colaboração de um modelo de integridade.¹⁷⁷

Os precedentes devem ser aplicados no ordenamento por meio de argumentos de princípio, a fim de contribuírem para a integridade e estabilidade do sistema jurídico.¹⁷⁸

Assim, não há dúvida que a aplicação democrática dos precedentes, também, colabora para a integridade do sistema jurídico no Estado Democrático de Direito.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014, p. 16.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1.986, p. vi.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1.986, p. 228.

¹⁷⁸ No sentido apresentado por Dworkin: "When a judge chooses between the rule established in precedent and some new rule thought to be fairer, he does not choose between history and justice. He rather makes a judgment that requires some compromise between considerations that ordinarily combine in any calculation of political right, but here compete. The rights thesis therefore provides a more satisfactory explanation of how judges use precedent in hard cases than the explanation provided by any theory that gives a more prominent place to policy". Em tradução livre: "Quando um juiz escolhe entre a regra estabelecida em um precedente e uma nova regra que considera mais justa, ele não escolhe entre a história e a justiça. Ele, ao invés, faz um julgamento que requer alguma conciliação entre as considerações que normalmente combinam em qualquer cálculo do direito político, mas que aqui se competem. Assim, a tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito de como os juízes usam o precedente em casos difíceis, em desfavor da explicação fornecida por qualquer teoria que valorize mais a política". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 87

3.4. Os precedentes e os casos difíceis

O procedimento realizado em contraditório nem sempre soluciona de plano os conflitos levados à jurisdição. Há situações concretas, para as quais o ordenamento jurídico não oferece regras que poderiam contribuir na solução do conflito. Dworkin apresenta uma situação, na qual não havendo qualquer disposição legislativa a respeito da questão levada a juízo, se seria possível aplicar decisões anteriores para solucionar o conflito, decidindo a favor de uma das partes.¹⁷⁹

De início, ressalta-se que a resposta ao questionamento não é simples, não é rápida e não é óbvia.¹⁸⁰ Não seria uma justificativa adequada responder à questão amparando-se em argumentos de política, que, em regra, se destinam a beneficiar uma determinada comunidade, ou parcela desta, pois, neste caso, o precedente estaria sendo tratado como “lei”, e o órgão julgador estaria agindo como se legislador fosse.¹⁸¹

Um dos problemas em se adotar a interpretação do precedente como se “lei” fosse esbarra na incompatibilidade da estrutura lógico-gramatical da “lei”, que se apresenta em uma forma canônica, não coerente com a estrutura do precedente.¹⁸²

¹⁷⁹ No original: “One day lawyers will present a hard case to Hercules that does not turn upon any statute; they will argue whether earlier common law decisions of Hercules’s court, properly understood, provide some party with a right to a decision in his favor”. Em tradução livre: “Um dia, juristas apresentaram um caso difícil a Hércules, sem previsão em qualquer norma; eles arguiram se as decisões anteriores do tribunal de Hércules, se propriamente entendidas, poderiam proporcionar a uma das partes o direito a uma decisão em seu favor”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 110.

¹⁸⁰ No original: “Hercules must begin by asking why arguments of that form are ever, even in principle, sound. [...]. But the details of the practices of precedent he must now justify resist any comparably simple theory”. Em tradução livre: “Hércules precisa começar perguntando porque argumentos desta forma são sempre, mesmo em princípio, parecidos. [...]. Mas os detalhes das práticas do precedente que ele deve agora justificar resistem a qualquer teoria comparativamente simples”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 110.

¹⁸¹ No original: “He might, however, be tempted by this answer. Judges, when they decide particular cases at common law, lay down general rules that are intended to benefit the community in some way. [...]. If this account of the matter were a sufficient justification of the practices of precedent, then Hercules could decide these hard common law cases as if earlier decisions were statutes, using the techniques he worked out for statutory interpretation”. Em tradução livre: “Ele pode, no entanto, ser tentado por esta resposta: juízes, quando decidem casos particulares no *common law*, estabelecem regras gerais, que se destinam a beneficiar a comunidade de alguma forma. [...]. Se essa abordagem da questão fosse uma justificação suficiente das práticas do precedente, então Hércules poderia decidir esses casos difíceis do *common law* como se as decisões anteriores fossem leis, usando as técnicas que funcionam na interpretação da lei”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 110.

¹⁸² No original: “Statutory interpretation, [...], depends upon the availability of a canonical form of words, however vague or unspecific, that set limits to the political decisions that the statute may be taken to have made. Hercules will discover that many of the opinions that litigants cite as precedents do not contain any special propositions taken to be a canonical form of the rule that the case lays down”. Em tradução livre: “A interpretação da lei, [...], depende da disponibilidade de uma forma

O aspecto de maior gravidade, porém, não se identifica na estrutura da norma, mas na possibilidade de a solução do conflito resultar da aplicação dos argumentos de política. Os argumentos de política quando utilizados pelo órgão julgador exorbitam as suas responsabilidades e atribuições, invadindo competência própria do parlamento.¹⁸³ Para Dworkin, o órgão julgador deverá limitar-se a utilizar apenas os argumentos de princípio, sob pena de atuar como se legislador fosse, na produção primária de direitos.¹⁸⁴

Dworkin, ao construir a sua crítica, faz uma comparação entre a prática judicial e a prática dos árbitros do xadrez, afastando a semelhança entre as duas, ressaltando a constante necessidade de interpretação na aplicação do direito, o que não ocorreria, em regra, na aplicação das regras do jogo de tabuleiro.

A partir dessa conclusão, Dworkin crítica a teoria de Hart, para quem os casos difíceis existiriam apenas em razão da abertura textual da norma jurídica.¹⁸⁵

canônica de palavras, ainda que vagas ou inespecíficas, que estabelece limites para as decisões políticas que a lei pode tomar quando aplicada. Hércules vai descobrir que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm proposições especiais que possam ser tomadas como uma forma canônica da regra sobre o que o caso estabelece". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 110-111.

¹⁸³ No original: "But since Hercules will be led to accept the rights thesis, [...], his 'interpretation' of judicial enactments will be different from his interpretation of statutes in one important respect. When he interprets statutes he fixes to some statutory language, as we saw, arguments of principle or policy that provide the best justification of that language in the light of the legislature's responsibilities. His argument remains an argument of principle; he uses policy to determine what rights the legislature has already created". Em tradução livre: "Mas, desde que Hércules seja levado a aceitar a tese de direitos, [...], a sua 'interpretação' das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando ele interpreta as leis ele fixa para a linguagem jurídica, como vimos, os argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificativa dessa linguagem à luz das responsabilidades do Legislativo. Seu argumento continua a ser um argumento de princípio, ele usa a política para determinar quais são os direitos já criados pelo legislador". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 11, nota 24.

¹⁸⁴ No original: "But when he 'interprets' judicial enactments he will fix to the relevant language only arguments of principle, because the rights thesis argues that only such arguments acquit the responsibility of the 'enacting' court". Em tradução livre: "Mas quando ele [o tribunal] 'interpreta' decisões judiciais fixará para a linguagem relevante apenas argumentos de princípio, porque a tese dos direitos sustenta que apenas esses argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal *decidendo*". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 11, nota 24.

¹⁸⁵ Neste sentido, Dworkin assevera: "[...], in spite of the fact that the earlier decision contained no language that could plausibly be interpreted to enact that right. He would urge that the earlier decision exerts a gravitational force on later decisions even when these later decisions lie outside its particular orbit. This gravitational force is part of the practice Hercules' general theory of precedent must capture. In this important respect, judicial practice differs from the practice of officials in other institutions. In chess, officials conform to established rules in a way that assumes full institutional autonomy. They exercise originality only to the extent required by the fact that an occasional rule, like the rule about forfeiture, demands that originality. Each decision of a chess referee, therefore, can be said to be directly required and justified by an established rule of chess, even though some of these decisions must be based on an interpretation, rather than on simply the plain and unavoidable meaning, of that rule. Some legal philosophers write about common law adjudication as if it were in this way like chess, except that legal rules are much more likely than chess rules to require

Para Dworkin, há um consenso entre os juízes, que não diz respeito ao aspecto interpretativo, a respeito da influência de decisões anteriores sobre as atuais:

[...], os juízes parecem concordar que as decisões anteriores contribuem para a formulação de regras novas e controversas, de alguma forma que não seja por interpretação. Eles concordam que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando discordam sobre o que é essa força (tradução livre).¹⁸⁶

Mesmo que não preencha os pressupostos para a criação do direito, a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre a construção de decisões futuras e essa força gravitacional do precedente é fundamental para a construção de sua teoria. Dworkin assinala que a força gravitacional do precedente reduz a independência da atuação do juiz:

[...] o juiz, muito raramente, assume o caráter de independência. Ele sempre vai tentar associar a justificativa de uma decisão original que ele profere às decisões de outros juízes ou de autoridades que foram proferidas no passado (tradução livre).¹⁸⁷

interpretation. That is the spirit, for example, of Professor Hart's argument that hard cases arise only because legal rules have what he calls 'open texture'. Em tradução livre: "[...], apesar de o fato de que a decisão anterior não contém uma linguagem que poderia plausivelmente ser interpretada para promulgar esse direito. Ele insistiria que a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre decisões posteriores, mesmo quando essas decisões posteriores se encontram fora de sua órbita particular. Esta força gravitacional é parte da prática que a teoria geral de Hércules do precedente deve capturar. Neste importante aspecto, a prática judicial difere da prática de autoridades de outras instituições. No xadrez, os árbitros agem em conformidade com as regras estabelecidas de uma forma que assumem plena autonomia institucional. Exercem originalidade apenas na medida necessária, pelo fato de que uma regra ocasional, como a regra que impõe uma sanção. Cada decisão de um árbitro do xadrez pode dizer-se é necessária e justificada por uma regra estabelecida no xadrez, apesar de algumas dessas decisões serem baseadas em uma interpretação e não simplesmente no significado claro e inevitável desta regra. Alguns filósofos do direito escrevem sobre a decisão judicial no *common law*, como se fosse algo como o xadrez, exceto quando as regras jurídicas são muito mais propensas do que as regras de xadrez para exigir interpretação. Esse é o espírito, por exemplo, do argumento de Professor Hart, que afirma que os casos difíceis surgem apenas porque as regras jurídicas têm o que ele chama de 'textura aberta'. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 111-112.

¹⁸⁶ No original: "[...], judges seem agreed that earlier decisions do contribute to the formulation of new and controversial rules in some way other than by interpretation; they are agreed that earlier decisions have gravitational force even when they disagree about what that force is". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 112.

¹⁸⁷ No original: "[...] the judge very rarely assumes that character of independence. He will always try to connect the justification he provides for an original decision with decisions that other judges or officials have taken in the past". DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 112.

O teórico de Oxford deixa claro que a força gravitacional do precedente não pode ser entendida como uma força criadora do direito, como se fosse uma criação legislativa.¹⁸⁸

A força gravitacional do precedente se constitui a partir de um critério de continuidade e de integridade do sistema jurídico em relação aos casos semelhantes julgados no passado, conforme sinaliza Dworkin:

A força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo recurso, não relacionado com a sensatez da promulgação de leis, mas com a justiça de tratar casos semelhantes de forma parecida. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior, o próprio fato de que uma decisão, como parte da história política, oferece alguma razão para decidir outros casos de forma semelhante no futuro (tradução livre).¹⁸⁹

Assim, uma das principais conclusões sobre a aplicação dos precedentes é que a sua força gravitacional somente será legítima se a decisão anterior se ativer a argumentos de princípios,¹⁹⁰ pois os argumentos de política se referem a objetivos estratégicos e contingentes da função legislativa,¹⁹¹ que podem conceder benefícios a determinados seguimentos da sociedade, em detrimentos de outros, que

[...] são claramente compatíveis com a concessão de consideráveis benefícios adicionais para um grupo, que são negadas a outros. Não pode haver, portanto, nenhum argumento geral de justiça que um governo que

¹⁸⁸ No original: “The gravitational force of precedent cannot be captured by any theory that takes the full force of precedent to be its enactment force as a piece of legislation”. Em tradução livre: “A força gravitacional do precedente não pode ser capturada por qualquer teoria que leva a força do precedente a ser a sua força de promulgação como uma peça da legislação”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 112.

¹⁸⁹ No original: “The gravitational force of a precedent may be explained by appeal, not to the wisdom of enforcing enactments, but to the fairness of treating like cases alike. A precedent is the report of an earlier political decision; the very fact of that decision, as a piece of political history, provides some reason for deciding other cases in a similar way in the future”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 113.

¹⁹⁰ Conforme Dworkin: “So Hercules, when he defines the gravitational force of a particular precedent, must take into account only the arguments of principle that justify that precedent”. Em tradução livre: “Portanto, Hércules, quando definir a força gravitacional para um precedente particular, deverá tomar em consideração apenas os argumentos de princípio que justificam este precedente”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 115.

¹⁹¹ No sentido adotado por Dworkin: “The most important of these is that he must limit the gravitational force of earlier decisions to the extension of the arguments of principle necessary to justify those decisions. If an earlier decision were taken to be entirely justified by some argument of policy, it would have no gravitational force. Its value as a precedent would be limited to its enactment force, that is, to further cases captured by some particular words of the opinion. The distributional force of a collective goal, as we noticed earlier, is a matter of contingent fact and general legislative strategy” (grifos acrescidos). Em tradução livre: “A mais importante delas é que ele deve limitar a força gravitacional de decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar essas decisões. Se uma decisão anterior foi inteiramente justificada por algum argumento da política, ela não teria nenhuma força gravitacional. Seu valor como um precedente seria limitado à sua força de aprovação, ou seja, aos casos abarcados por alguns termos específicos da decisão. A força de distribuição de um objetivo coletivo, como notamos anteriormente, é uma questão de fato contingente e estratégia legislativa geral” (grifos acrescidos). DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 113.

atende a um objetivo coletivo, de uma forma em uma ocasião deve atendê-lo dessa forma, ou até mesmo atender o mesmo objetivo, sempre que uma paralela oportunidade surgir (tradução livre).¹⁹²

Confirma-se, assim, que, no Estado Democrático de Direito, mesmo a solução dos casos difíceis não se deve amparar em argumentos de política. Também nestes casos, a solução deve ser construída participadamente, a partir de argumentos de princípio, com auxílio dos precedentes, a fim de se manter a integridade e coerência do sistema jurídico.

No próximo capítulo será apresentado o estudo dos precedentes sob uma perspectiva essencialmente democrática, no formato no qual se considera adequado ao processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

¹⁹² Conforme Dworkin, no original: “[...] are plainly compatible with providing sizeable incremental benefits to one group that are withheld from others. There can be, therefore, no general argument of fairness that a government which serves a collective goal in one way on one occasion must serve it that way, or even serve the same goal, whenever a parallel opportunity arises”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 114.

4. OS PRECEDENTES NO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

4.1. A construção do direito por meio da decisão

Parece muito claro que o direito, cuja noção é controvertida,¹⁹³ se manifesta e se desenvolve, em considerável parcela de sua atuação, por meio de decisões judiciais.¹⁹⁴ No parlamento, o processo legislativo determina, pela decisão dos parlamentares, quais normas jurídicas deverão compor o ordenamento. Até mesmo os princípios, cuja natureza se considera normativa, com elevado grau de abstração, se originam por meio de decisões político-jurídicas.

No exercício da jurisdição, a decisão, em regra, ao final do processo, define o direito de uma das partes, e a validade da decisão deve dar-se por meio da fundamentação.

Não é democrática a construção da decisão tão somente pela atuação da autoridade, a participação dos interessados é necessária para a sua concepção, porque serão estes os seus destinatários.¹⁹⁵

O processo democrático no Estado Democrático de Direito, necessariamente, deve compreender todas as funções estatais.¹⁹⁶ Quando a democracia restringe-se apenas ao processo eleitoral, pelo exercício do direito ao voto, e ao processo legislativo, na produção de normas jurídicas, a densidade democrática se situa em nível *minimum minimorum*, assaz acanhado para o Estado Democrático de Direito. Constatável é que a democracia no Estado brasileiro ainda se encontra em um nível hipossuficiente de participação, restringindo-se quase, essencialmente, ao processo

¹⁹³ “[...], esa palabra [derecho] designa um fenómeno social, uma compleja técnica de control social característica de comunidades que han alcanzado um cierto grado de desarrollo”. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.006, p. 324.

¹⁹⁴ “O direito, tal como funciona efetivamente, é essencialmente um problema de decisão: o legislador deve decidir quais serão as leis obrigatórias numa comunidade organizada, o juiz deve decidir sobre o que é o direito em cada situação submetida ao seu juízo. Mas nem o legislador nem o juiz tomam decisões puramente arbitrárias: a exposição dos motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda sentença deve ser motivada. O direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada”. PERELMAN Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1.996, p. 453.

¹⁹⁵ “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1.992, p. 115.

¹⁹⁶ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 23, 24.

eleitoral, à algumas políticas definidas pela função executiva e à ações incipientes da sociedade civil.

Nesta linha de entendimento, não se espera do Estado, que se diz democrático, o acolhimento do órgão julgador como autoridade quase incontestável e reverencial. Se assim o fosse, a considerar o juiz como único detentor do poder de decidir, dispensável seria o processo, uma vez que este apenas serviria como meio para validar a suposta legitimidade do órgão julgador.

Ressalta-se que esta tendência não se restringe apenas à figura do juiz. No Brasil, por exemplo, ainda existe quase uma veneração à autoridade, seja ela administrativa, legislativa ou judiciária, embora, de forma positiva, já se perceba situações cotidianas que demonstram a revogação desta cultura subserviente. Este costume não se restringe, tão somente, a países em desenvolvimento, na Inglaterra, a crítica ao judiciário pode ser considerada como desacato, mesmo se for justificada.¹⁹⁷

Afora isto, a contribuir para a construção de um super Estado e, concomitantemente, prejuízo para a democracia, o sistema convalida princípios e conceitos jurídicos com alto grau de indeterminação, cujo alcance se desconhece, ficando a cargo da autoridade sentenciar a sua extensão. Como exemplo, citam-se os princípios da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade ou de veracidade,¹⁹⁸ da razoabilidade, da proporcionalidade, assim como a indeterminação dos conceitos de autotutela e de bons costumes,.

Em outra perspectiva, há uma generalizada crença, e uma grande ilusão, no Brasil, quase um consenso, a respeito da qual, a solução de todo e qualquer problema que se apresenta à sociedade se resolveria facilmente com a promulgação de leis.

Porém, a “lei” nada mais é que o resultado de um consenso político-social, partidário, ou econômico,¹⁹⁹ e deveria representar a última *ratio* para solucionar

¹⁹⁷ “Além disso, a crítica ao judiciário é muito arriscada na Inglaterra, onde o desacato ao tribunal é uma espada de Dâmocles terrível e imprevisível. Tal crítica nos meios de comunicação pode ser considerada desacato ao tribunal e punida, mesmo quando é justificada”. CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1.984-1.985**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.010, p. 111.

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13^a. ed. São Paulo: Atlas, 2.001, p. 69-75.

¹⁹⁹ “A lei contemporânea voltou a ser, como sempre fora, uma norma comprometida com particulares forças políticas, quando não partidárias”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

controvérsias.²⁰⁰ Entretanto, não há como negar que a “lei” ainda ocupa lugar de destaque nas sociedades atuais, como fórmula para se resguardar direitos, se comparada com outras formas de solução de controvérsias, v.g., a força, a autotutela, a discricionariedade.

A exemplo de outros Estados, a Constituição brasileira elegeu o princípio da legalidade como um de seus fundamentos. Em razão desta escolha, não é possível afastar, na aplicação do direito, as normas jurídicas elaboradas no exercício da função precipuamente legislativa, mesmo reconhecendo que a atual representação popular não retrate uma democracia que mereça encômios.

Sob o aspecto da participação popular no processo legislativo, embora a linha de pesquisa deste trabalho não seja aderente à teoria jurídica do pragmatismo norte-americano, merece menção o entendimento de Posner (1.939-), defensor da abordagem econômica do direito, quando retrata a medíocre representatividade popular no âmbito parlamentar, em assimétrica relação com os efeitos que a grande massa de destinatários das normas sofrerá, se comparados à sua participação na elaboração das normas jurídicas. O excerto que se transcreve demonstra este desequilíbrio:

Presumo que os legisladores sejam maximizadores racionais de suas satisfações tanto quanto as outras pessoas. Portanto, nada do que fazem é motivado pelo interesse público enquanto tal. Todavia, eles querem ser eleitos e reeleitos, e precisam de dinheiro para fazer uma campanha eficaz. O mais provável é que esse dinheiro venha de grupos bem organizados, e não de indivíduos desorganizados. O indivíduo racional sabe que sua contribuição provavelmente não faça diferença alguma; por esse motivo, e também porque na maioria das eleições os eleitores votam em candidatos, e não em projetos políticos, o que enfraquece ainda mais a relação entre votar e obter o tipo de política pública que se prefere, o indivíduo racional terá pouco incentivo para investir tempo e empenho para decidir em quem votar. Somente um grupo organizado de indivíduos (ou empresas, ou outras organizações - mas estas são canais para os indivíduos) será capaz de superar os problemas informacionais e de *free-riding* que infestam a ação coletiva. Um grupo desses, porém, só irá organizar-se a atuar com efetividade se seus membros tiverem muito a ganhar ou muito a perder com políticas públicas específicas, como os plantadores de tabaco, por exemplo, têm muito a ganhar com os subsídios federais ao cultivo do tabaco e muito a perder com a retirada desses subsídios. A tática básica de um grupo de interesses consiste em trocar os votos de seus membros e seu apoio financeiro aos candidatos pela promessa implícita de uma legislação

²⁰⁰ “Concebendo o direito, nem como a expressão da justiça e da razão, nem como a expressão da vontade do legislador, e sim como a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução, afirmamos que essa solução resulta, o mais das vezes, de um compromisso difícil entre valores incompatíveis e cuja coexistência importa organizar. O direito, assim concebido, só ganha forma através dos conflitos e das controvérsias em todos os níveis, e já não pode fornecer a imagem tranquilizadora de uma ordem estável, garantida por um poder imparcial”. PERELMAN Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1.996, p. 463.

favorável. Essa legislação assumirá normalmente a forma de uma lei que transfere riqueza de contribuintes não organizados (consumidores, por exemplo) ao grupo de interesses. Se o alvo fosse outro grupo de interesses, a transferência legislativa poderia ser efetivamente contestada. Os desorganizados geralmente não criam uma oposição eficaz, e sua riqueza, portanto, é o que costuma ser transferido para os grupos de interesses (grifos acrescidos).²⁰¹

Posner, um dos expoentes do pragmatismo jurídico contemporâneo, linha teórica considerada variante do realismo jurídico, apresenta o direito, como instrumento político de caráter antiteórico e prático,²⁰² que atua na busca de resultados imediatos,²⁰³ acoplável a sistemas capitalistas neoliberais, nos quais a participação política se restringe a fortes grupos de interesses, predominantemente,

²⁰¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2.007, p. 474-475.

²⁰² “Everyday pragmatism is the mindset denoted by the popular usage of the word ‘pragmatic’, meaning practical and business-like, ‘no-nonsense’, disdainful of abstract theory and intellectual pretension, contemptuous of moralizers and utopian dreamers. It long has been and remains the untheorized cultural outlook of most Americans, one rooted in the usages and attitudes of a brash, fast-moving, competitive, forward-looking, commercial, materialistic, philistine society, with its emphasis on working hard and getting ahead”. Em tradução livre: “O pragmatismo cotidiano é uma representação do uso popular da palavra ‘pragmática’, significando atitude prática e metódica, ‘empreendedora’, desdenhoso de teorias abstratas e de pretensão intelectual, desdenhoso de moralizadores e sonhadores utópicos. Há muito foi e permanece sendo a perspectiva cultural não teorizada da maior parte dos norte-americanos, arraigados nos costumes e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, orientada para o futuro, comercial, materialista, filistéia, com ênfase em trabalhar muito e ter êxito”. POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2.003, p. 49,50.

²⁰³ “An everyday pragmatist in law, an everyday-pragmatist judge for example, wants to know what is at stake in a practical sense in deciding a case one way or another. This does not mean, as detractors of legal pragmatism such as Ronald Dworkin assert, that such a judge is concerned solely with immediate consequences and the short term. The pragmatic judge does not deny the standard rule-of-law virtues of generality, predictability, and impartiality, which generally favor a stand-pat approach to novel legal disputes. He just refuses to reify or sacralize those virtues. He dares to balance them against the adaptationist virtues of deciding the case at hand in a way that produces the best consequences for the parties and those similarly circumstanced. He is impatient with abstractions like ‘justice’ and ‘fairness’, with slogans like ‘self-government’ and ‘democracy’, and with the highfalutin rhetoric of absolutes — unless he is persuaded that such flag-waving has practical social value. For the everyday pragmatist, as for the sophists of ancient Greece whom he resembles (they are among his ancestors), moral, political, and legal theories have value only as rhetoric, not as philosophy”. Em tradução livre: “Um pragmatista do cotidiano em direito, um juiz pragmatista cotidiano, por exemplo, quer saber o que está em jogo em um sentido prático ao decidir um caso de uma forma ou de outra. Isso não significa, como querem os detratores do pragmatismo jurídico, tal como Ronald Dworkin afirma, que esse juiz está preocupado somente com consequências imediatas e de curto prazo. O juiz pragmatista não nega as virtudes do Estado de Direito da generalidade, da previsibilidade e da imparcialidade, que geralmente favorecem uma abordagem apropriada às novas disputas jurídicas. Ele simplesmente se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ele se desafia a equilibrá-las contra as virtudes adaptacionistas de decidir o caso em questão de uma forma que produza as melhores consequências para as partes e para aqueles em circunstâncias semelhantes. Ele é impaciente com abstrações, tais como ‘justiça’ e ‘equidade’, com *slogans*, tais como ‘auto-governo’ e ‘democracia’, e com as empoladas retóricas - a menos que ele esteja convencido de que tal aceno tenha valor social prático. Para o pragmatista cotidiano, como para os sofistas da Grécia antiga aos quais ele se assemelha (eles estão entre seus antepassados), as teorias morais, políticas e jurídicas têm valor apenas como retórica, não como filosofia”. POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2.003, p. 12.

financeiros. Nessa perspectiva, o direito passa a retratar, em sua maior extensão, as parcialidades daqueles que representam os grupos econômicos prevalentes.

Avançando sobre o tema jurisdição, é de se observar que o processo democrático se harmoniza com a participação e contrasta com a discricionariedade,²⁰⁴ uma vez que esta concede à autoridade o poder de decidir livremente, sem uma clara definição de limites, de forma solitária e de acordo com sua convicção, consciência e outros aspectos subjetivos.

Dependendo do contexto, este amplo espectro de poder não demarcado posto à disposição do julgador resulta em um indeterminável número de respostas aos conflitos semelhantes levados à jurisdição,²⁰⁵ provocando instabilidade ao sistema jurídico e desconfiança na sociedade.

A resposta democrática para o problema da discricionariedade²⁰⁶ não é, tão somente, vincular o ato de decidir do juiz à “lei”. A solução está na participação dos interessados na construção da decisão, a partir do discurso linguístico,²⁰⁷ que

²⁰⁴ Acredita-se que haja semelhança entre a atuação discricionária da autoridade judicial ao decidir o conflito e da autoridade administrativa ao proferir um ato administrativo decisório, cuja noção pode ser assim descrita: “resulta para o administrador [autoridade] um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa” (grifo no original). BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1.996, p. 9.

²⁰⁵ “Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas”. STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

²⁰⁶ As restrições à noção de discricionariedade da autoridade que faz Celso Antônio Bandeira de Mello não são capazes de “descontaminar” o seu *deficit* democrático. Para o autor, a discricionariedade pode ser conceituada como “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1.996, p. 48.

²⁰⁷ “Nesta quadra do tempo em que o direito assume um caráter cada vez mais hermenêutico, em face do viés transformador que é lhe destinado pelo constitucionalismo exurgido a partir do segundo pós-guerra e em face do deslocamento da esfera de tensão dos poderes legislativo e do executivo em direção da jurisdição constitucional, o dilema da teoria jurídica nestes tempos de resgate de direitos passa a estar centrada na seguinte questão metodológica: ‘como se interpreta’, ‘como se aplica’ (Ian Schapp) e de como é possível superar o decisionismo positivista que permite múltiplas e variadas respostas (STRECK, 2.006). Para tanto, é necessário dar um salto em direção às perspectivas hermenêuticas que têm na linguagem não (apenas) um instrumento ou uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto, mas, sim, a sua própria condição de possibilidade”.

permita afastar a excessiva discricionariedade do órgão julgador, o que resulta na liberdade de atribuição de sentidos às regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto.²⁰⁸

Portanto, é de se concluir que a discricionariedade não é componente adequado a atuar na construção da decisão no processo democrático constitucionalizado, que tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais.

4.2. Os precedentes em sentido amplo e restrito

Em termos aristotélicos, o termo precedente pode designar um gênero, a partir do qual se podem categorizar espécies.²⁰⁹ A esse respeito, consideram-se como tais, o precedente *stricto sensu*, vinculante ou persuasivo, originário do *common law*, a jurisprudência, as súmulas e qualquer julgado do passado,²¹⁰ que influencie nas decisões do presente.²¹¹⁻²¹²

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

²⁰⁸ “A possibilidade de múltiplas respostas está relacionada com o conceitualismo da regra, que tem a pretensão de ‘abarcas’ (todas) as possíveis ‘situações de aplicação’ de forma antecipada, independente do mundo prático. Nesse ‘mundo’, o que conta é o enunciado, isto é, todas as outras formas de linguagem e todos os outros modos de dizer do objeto de análise se resumem ao enunciado. Para melhor explicar esse fenômeno, é possível dizer – fundado em Gadamer –, que a possibilidade de múltiplas respostas está calcada no logos apofântico, cuja função é significar o discurso, isto é, a proposição cujo único sentido é a de realizar o *apofainesthai*, o mostrar-se do que foi dito. É uma proposição teórica no sentido de que ela abstrai de tudo que não diz expressamente. O que constitui o objeto da análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer. Ora, na medida em que sempre há um déficit de previsões, as posturas positivistas ‘delegam’ ao juiz uma excessiva discricionariedade (excesso de liberdade na atribuição dos sentidos), além de dar azo à tese de que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras). Em consequência, transforma-se a interpretação jurídica em filologia, forma refinada de negação da diferença ontológica. E também não se pode, a pretexto de superar o problema da arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, ‘desonerá-lo’ da ‘tarefa’ de elaboração de discursos de fundamentação, que, na teoria do discurso de Habermas e Günther, dão-se *prima facie*”. STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

²⁰⁹ HONDIUS, Edwoud. General report. *In: Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law*. Ed. Edwoud HONDIUS. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 11.

²¹⁰ “Seja como for, é certo que em ambas as experiências jurídicas [direito casuístico e direito codificado] os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar os cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um *precedente judicial*” (grifos no original). TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 11.

²¹¹ Esta classificação se assemelha à adotada na pesquisa contratada, no ano de 2.014, pelo **Conselho Nacional de Justiça (CNJ) à Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (FUNDEP/UFMG)**, concebida e executada por **Grupo de Pesquisa** vinculado à **Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)**, sob a coordenação do Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Contrato n. 17/2.013), relatório final, p. 8: “Estudou-se, em particular, os fundamentos apresentados nessas decisões, com vistas a obter uma descrição o mais exata possível

É insuspeito afirmar que os precedentes auxiliam na interpretação do direito e na fundamentação das decisões. Parece não haver sistema jurídico no mundo, antigo ou moderno, que não utilizou ou não utilize os precedentes para auxiliar na construção das decisões.

O precedente exerce relevante função na fundamentação das decisões, porque o direito se constrói pela história, não é metafísico, e não há grau zero interpretativo, como tem observado Lenio Streck e Neil MacCormick (1.941-2.009).²¹³⁻²¹⁴ Neste sentido, merece transcrição o pensamento de Castanheira Neves (1.929-):

do grau de vinculatividade atribuído aos diferentes tipos de precedentes judiciais no Direito Brasileiro, bem como dos fatores que contribuem para elevar ou enfraquecer a intensidade dessa vinculatividade” (grifos acrescidos).

²¹² Em sentido a ser aproveitado, GoodHart: “Now, taken in that sense, all legal systems follow precedents; for it is a natural practice of the human mind, whether legal or non-legal, to accept the same pattern in similar or analogous cases. [...]. This method of using precedents as a desirable model is accepted by the English Law in common with all other systems”. Em tradução livre: “Agora tomadas neste sentido, todos sistemas jurídicos seguem os precedentes; pois, é uma prática natural da mente humana, seja jurídica ou não-jurídica, para aceitar o mesmo padrão em casos semelhantes ou análogos. [...]. Este método de usar precedentes como um modelo desejável é aceito pelo direito inglês em comum com todos os outros sistemas”. GOODHART, Arthur Lehman. **Precedent in english and continental law**. London: Stevens and Sons, Limited, 1.934, p. 8.

²¹³ “Não há conceitos em abstrato. Conceitos não flutuam no ar, para servirem de capas de sentido aos ‘fatos desnudos’. Não há grau zero na atribuição de sentido. Insisto: o intérprete deve estar atento à tradição (e à sua autoridade), compreender os seus pré-juízos como pré-juízos, promovendo uma reconstrução do direito, perscrutando de que modo um caso similar (não somente a ementa, é evidente, lembrando, aqui, a questão hermenêutica representada pelo grau de objetivação abrangente que cada decisão deve ter/conter) vinha sendo decidido até então, confrontando a jurisprudência com as práticas sociais que, em cada quadra do tempo, surgem estabelecendo novos sentidos às coisas e que provocam um choque de paradigmas, o que sobremodo valoriza o papel da doutrina jurídica e a interdisciplinaridade do direito. Como bem diz Gadamer, a compreensão alcança suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões prévias com as que se inicia não são arbitrarias” (grifos no original). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2.009, p. 267, 268.

²¹⁴ Em sentido semelhante, MacCormick: “The legal context, however, is one in which the recently mentioned idea of coherence has a particular and obvious significance. In a legal argument, no one starts with a blank sheet and tries to work out a reasonable conclusion a priori. A solution offered must ground itself in some proposition that can be presented with at least some credibility as a proposition of law, and such a proposition must be shown to cohere in some way with other propositions that we take to state established laws. Legal arguments makers and decision makers do not approach problems of decision and justification in a vacuum, but rather in the context of a plethora of material that serves to guide and to justify decisions, and to restrict the range within the decisions of public agencies can legitimately be made”. Em tradução livre: “O contexto jurídico, no entanto, é aquele no qual a ideia recentemente mencionada de coerência tem um significado especial e óbvio. Em um argumento jurídico, ninguém começa com uma folha em branco e tenta descobrir uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida deve fundamentar-se em alguma proposição que possa ser apresentada com pelo menos alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e tal proposição deve mostrar coerência de alguma forma com outras proposições que tomamos para declarar as leis estabelecidas. Formuladores de argumentos jurídicos e de decisões não abordam os problemas de decisão e de justificação em um vácuo, mas sim no contexto de uma infinidade de materiais que servem para orientar e justificar as decisões, e para restringir o intervalo a partir do qual as decisões dos órgãos públicos podem legitimamente ser feitas” (grifos acrescidos). MACCORMICK Neil.

O presente nada mais do que a realização do pré-visto, ou pelo menos pré-anunciado potencialmente por um sistema definido de antemão - o que sendo a pretensão de dominar racionalmente o histórico é, justamente, a negação dele. Mas fora do seu alcance fica a verdadeira mutabilidade histórica das situações e dos sentidos, a impor que a compreensão unitária e totalizante da realidade histórica só possa realizar-se por uma contínua reelaboração a posteriori, e dialéctico-regressiva do «sistema». Vejamo-lo esquematicamente. β) A vida comunitária, como forma da vida humana, é histórica. Isto significa, em primeiro lugar, que se encontra imersa na história e que, portanto, «não podendo começar nunca do princípio» sempre se vê referida a uma situação histórica. É isto só um modo diferente de dizer que a existência humana, sendo um ser-no-mundo, sempre a si mesma se depara determinada pela facticidade do mundo. Não uma existência absoluta a actuar num meio vazio, mas uma existência fáctica cujo agir depara com a resistência de uma situação, a definir-lhe um campo de possibilidade. A «situação» (histórica) é aquele contexto natural-social-cultural que se impõe como um dado à existência, em que ela se encontra imersa e de que terá de emergir a sua acção. Mas não é menos verdade que a situação actual é o resultado das realizações da *praxis* humana no passado, a resultante de um passado transcender o mundo - não menos essencial à existência - pelo qual ela foi afeiçoando, constituindo o seu mundo. Quer dizer, na situação actual depara-se com a presença do passado - recebido nela como uma «herança» -; e porque a acção só é possível na e através da situação - assumindo a situação -, também dessa forma o passado continua actuante no presente, como uma «tradição». Pois assumir a situação na acção fundada e reflectida é compreender as possibilidades que ela oferece já realizadas e abrir-se às exigências e apoio que essas realizações passadas trazem a realização presente: ao compreender os sentidos constituídos — e constitutivos da situação — através das possibilidades cumpridas, no modo por que foram cumpridas, e das tarefas experimentadas, no modo como foram experimentadas, depara-se a acção o seu primeiro critério e a sua primeira condição de objectividade. Ao aceitar e assumir a situação, reiterando compreensivelmente as possibilidades que através dela se revelam já terem sido possíveis, abre-se a existência ao «saber da experiência feito» aí dado (históricamente), e na «ordem» que este tenha constituído e nas estruturas que o definem não só encontra uma imediata discriminação do viável e do inviável, como ainda o contorno objectivo, universalmente heterónimo e ordenado, que a subtrai ao «perigo do caos subjectivo». Assim, já neste modo histórico da realidade humana vemos fundados a possibilidade e o valor existenciais das ordens instituídas, enquanto sentidos constitutivos e imanentes que são das objectivas situações históricas. E é ela possibilidade da própria ordem jurídica vigente, em particular, de aquela positiva ordem jurídica explicitada pelo ordenamento positivo, consciencializada pela «ciência do direito» e precipitada--experimentada pelos precedentes jurisprudenciais (grifos acrescentados).²¹⁵

Mas, nem por isto, os precedentes, principalmente os vinculantes, podem se tornar dogmas,²¹⁶ exigindo esforços sobre-humanos para serem afastados. O Estado

Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2.005, p. 23.

²¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto - questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica).** Coimbra: Livraria Almedina, 1.967, p. 300, 301.

²¹⁶ “O nosso pensamento jurídico eminente realmente se dogmatizou em um sistema que deixou de pensar verdadeiramente o Direito. Há um sistema de dogmatização de pressupostos que se afirmam como a expressão do próprio Direito, mas não são. Porque, frequentemente, essa dogmatização tem

Democrático de Direito não trabalha com mitos. O precedente vinculante se assenta na obrigação de seguir o caso anterior, impedindo o órgão julgador de adotar outros fundamentos em sua decisão.²¹⁷ As regras do precedente vinculante obedecem a uma hierarquia rígida, própria do positivismo, na qual as cortes inferiores estão subordinadas às superiores.²¹⁸

Os precedentes, mais ainda os que se classificam em sentido estrito, são importantes para a compreensão coerente de uma determinada situação jurídica, auxiliando na interpretação dos fatos, das normas e na correta amplitude dos espaços de interpretação, sobretudo em sistemas jurídicos nos quais os princípios detêm força normativa, pois estes, naturalmente permitem interpretações com maior amplitude se comparados às regras.

soluções, tem as figuras midiáticas, mas realmente há alguma coisa de mais importante do que isto. É o problema que está por trás. Este problema tem sido de tal forma esquecido que o Direito tem sido mobilizado para consequências que o atraíam”. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Um matemático desviado pelo Direito. [28 de setembro, 2012]. Londrina: **Gazeta do Povo**. Entrevista concedida a Joana Neitsch. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/entrevistas/conteudo.phtml?id=1301606>>. Acesso em: 25/11/2014.

²¹⁷ “So far the English system resembles the Continental one, but if the point has already been decided in prior case, then the English system applies the doctrine of precedent in a different and more technical sense. The prior case, being directly in point, is no longer one which *may* be user as a pattern; it is one which *must* be followed in the subsequent case. It is more than a model; it has become a fixed and binding rule”. Em tradução livre: “Até agora, o sistema inglês assemelha-se com o sistema continental, mas se o ponto já foi decidido em um caso anterior, então o sistema inglês aplica a doutrina do precedente em sentido diferente e mais técnico. Se o caso anterior se refere diretamente ao ponto, não é mais um que *pode* ser usado como padrão; é aquele que *deve* ser seguido no caso subsequente. É mais que um modelo; torna-se uma regra fixa e vinculante” (grifos no original). GOODHART, Arthur Lehman. **Precedent in english and continental law**. London: Stevens and Sons, Limited, 1.934, p. 8,9.

²¹⁸ “This absolute and binding quality does not apply to all cases. Thus, a superior Court is never bound by the decisions of the lower Courts, although, if a general practice has developed in these Courts, the superior Court will hesitate to depart from it, nor will it, as rule reverse a case which has been generally accepted as a model by the Bar. Nor is one Court of first instance bound by the decision of another Court of similar jurisdiction, although it will pay it great respect. Absolute authority exists only in the following cases: 1. Every Court is absolutely bound by the decisions of all Courts superior to itself. 2. The House of Lords is absolutely bound by is own decisions [The Practice Statement (1.966) was a statement made in the House of Lords by Lord Gardiner LC on July 26, 1.966 that depart binding precedent in the House of Lords]. 3. The Court of Appeal is probably bound by its own decisions, though on this point there is some doubt”. Em tradução livre: “Esta qualidade absoluta e vinculante não se aplica a todos os casos. Assim, a corte superior nunca se vincula pelas decisões das cortes inferiores, embora, se uma prática generalizada se desenvolveu nestas cortes, a corte superior hesitará afastar-se dela, nem irá, como regra, reverter um caso o qual foi geralmente aceito como um modelo pelo tribunal. Nem uma corte de primeira instância se vincula pela decisão de outra corte de similar competência, embora tenha por ela um grande respeito. A autoridade absoluta existe somente nos seguintes casos: 1. Toda corte está absolutamente vinculada pelas decisões de todas as cortes superiores a ela. 2. A *House of Lords* está absolutamente vinculada pelas suas próprias decisões [A *Practice Statement* (1966) foi uma declaração apresentada na *House of Lords* por *Lord Gardiner LC* em 26 de julho de 1.966, afastando os precedentes vinculantes na *House of Lords*]. 3. A *Court of Appeal* está provavelmente vinculada pelas suas próprias decisões, embora sobre este ponto exista alguma dúvida”. GOODHART, Arthur Lehman. **Precedent in english and continental law**. London: Stevens and Sons, Limited, 1.934, p. 9, 10.

Ressalta-se que as interpretações nunca são isentas, pois o intérprete se encontra sempre “contaminado” pelas influências históricas que conduzirão a sua interpretação e não há como se desvencilhar de seus pré-juízos e pré-conceitos para atuar sob um contexto de “asepsia” interpretativa.²¹⁹

Esta impossibilidade,²²⁰ referente à originalidade interpretativa, coloca o precedente como técnica interpretativa auxiliar na solução da demanda *sub judice*, no sistema jurídico brasileiro do *civil law*, que em conformidade com o processo constitucional não é dirigido apenas pelo juiz, porque, na democracia, cuja noção não deve restringir-se apenas ao exercício do voto, a decisão deve ser participada.

É certo que o precedente somente contribuirá para aumentar a segurança jurídica e para a estabilidade do sistema, se corretamente observada a interpretação democrática do contexto fático-jurídico, em que o julgado que lhe deu suporte foi proferido.²²¹ De outra forma, o precedente funcionará apenas para justificar casuísmos.

É indubitosa a crescente utilização dos precedentes *lato sensu* no sistema jurídico brasileiro, principalmente em razão da utilização da tecnologia da informação. Porém, os precedentes nem sempre são construídos com a densidade argumentativa suficiente para considerá-los como tais.

Alguns fatos contribuem para esta situação, como por exemplo, a disponibilização pelos tribunais às consultas aos bancos de dados de seus julgados, facilitando a pesquisa de determinada questão jurídica, tanto para as partes,²²²

²¹⁹ “Isso é assim porque, com a idéia do procedimento, Habermas quer eliminar toda a idéia de pré-conceito, de pré-compreensão; esquece, entretanto, que sempre já chegamos ao procedimento com elementos anteriores ao procedimento, que são inelimináveis, que é o nosso modo de compreender (prático). Não é possível, desse modo, concordar com a tese de que a verdade é puramente consensual ou resultante de uma *praxis* argumentativa [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2.009, p. 80.

²²⁰ “Novamente, aqui, a distância entre teoria do discurso e hermenêutica; não há grau zero na compreensão; e não há como estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma ‘imparcialidade’ proporcionada por um princípio D, como quer Habermas. O procedimento implica um puro espaço lógico, uma troca de argumentos. Só que cada um já sempre vem de um lugar de compreensão, que é a pré-compreensão. Na formulação do juízo de validade (fundamentação-justificação) já está presente a dimensão estruturante, transcendental, que se assenta no mundo prático (que é a ‘situação concreta’ de que falam os juristas). E isso é intransponível!” (grifos no original). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2.009, p. 80.

²²¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 90.

²²² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 30.

quanto para o órgão julgador. Tal facilidade, sem exigir grandes esforços, possibilita a escolha de uma decisão que atenda ao interesse e à preferência do interessado.

Além da facilidade ofertada pela tecnologia da informação, outros fatores contribuem para o uso dos precedentes. A complexidade da sociedade moderna,²²³⁻²²⁴ associada ao crescente volume de processos,²²⁵ cujo estoque se mantém extremamente elevado, encoraja as partes e o órgão julgador a simplificarem os fundamentos da pretensão e da decisão, os quais passam a se orientar quase por completo pelas decisões dos tribunais superiores. Ocorre que estas decisões, muitas vezes, são construídas utilizando insuficientemente os fundamentos de outros precedentes, alimentando um ciclo de inconsistentes fundamentações.

Em regra, as condições ofertadas para o exercício da jurisdição no Brasil, *v.g.*, número reduzido de juízes, exigências de produtividade e de cumprimento de metas, excessivo volume de trabalho, não colaboram para que o órgão julgador verifique cuidadosamente a semelhança entre a questão jurídica *sub judice* e aquela na qual se fixou o precedente.

A contribuir para tal situação, há um costume no direito brasileiro, assentado no comportamento dos órgãos jurisdicionais inferiores e das partes, em adotar posições subservientes em relação às decisões, muitas vezes insuficientemente

²²³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 30.

²²⁴ Apenas a título de curiosidade, sem a intenção de se aprofundar no tema, observa-se que o aumento da complexidade da sociedade moderna ocorre até mesmo em segmentos bastante tradicionais, *v.g.*, a família. No censo de 2.010, o IBGE constatou uma diversidade de tipos de família, apresentando em seu relatório a seguinte informação: “Maior diversidade com relação aos tipos de famílias, arranjos menos tradicionais, crescimento do número de uniões consensuais e, como os divórcios aumentaram, há também um crescimento significativo das famílias reconstituídas, onde os filhos podem ser apenas de um dos cônjuges. Outro efeito conhecido das separações e divórcios é o aumento do número de crianças que crescem em famílias monoparentais”. BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Censo Demográfico 2.010 – Família e domicílio. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010435610212012563616217748.pdf>>. Acesso em: 20/01/2.015.

²²⁵ A taxa de congestionamento, utilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, mede a eficiência dos órgãos jurisdicionais em determinado período, considerando as novas demandas que ingressaram, os processos baixados e os pendentes de solução. As taxas de congestionamento na jurisdição brasileira continuam elevadas, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2.013. No ano 2.009 a taxa de congestionamento foi de 69,7%; em 2.010 de 71,4%; em 2.011 de 70,9%; em 2.012 de 69,9%. Assim, em média, de cada dez demandas iniciadas, apenas três são encerradas. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>, <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em: 01/11/2.013.

fundamentadas, dos tribunais superiores, sob o argumento de que entendimentos desconformes serão reformados em sede recursal.²²⁶

Neste aspecto, há uma semelhança, pelo menos na forma,²²⁷ com a técnica utilizada no sistema do *common law*, no que se refere ao princípio do *stare decisis*. Por outro lado, o temor em não contrariar decisões dos tribunais superiores, ainda que estas não sejam vinculantes, não é recente no Brasil, e era utilizada nas primeiras décadas do século passado, conforme noticiou Carlos Maximiliano.²²⁸

A observação do senso comum afiança o entendimento pelo qual se afirma que demandas semelhantes devem ser decididas de forma semelhante.²²⁹ É questionável se esta orientação deve ser considerada como uma obrigação ou não.

²²⁶ “E não se pode deixar de mencionar, nesta etiologia, o caótico sistema recursal vigente no Brasil, que tende a concentrar a verdadeira autoridade judiciária nos seus tribunais centrais, produzindo no meio jurídico uma cultura de passividade frente ao poder político. Em outras palavras, o fato de que praticamente todas as decisões prolatadas pelos juízes são revisadas nos órgãos recursais cria a impressão de inutilidade de se produzir decisões que não estejam adequadas ao pensamento dos tribunais superiores, pois estas serão, inevitavelmente, reformadas quando chegarem a eles”. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 30-31.

²²⁷ “[...], a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e ao norteamericano. Sequer os rudimentos da teoria dos precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são reconhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre elas”. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 31.

²²⁸ “Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem causídicos e magistrados, às exposições sistemáticas da doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repertórios de decisões em resumo, simples compilações, obtêm esplêndido êxito de livraria. Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os freqüentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina: ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. Citado um aresto, a parte contrária não se atreve a atacá-lo de frente, prefere ladeá-lo, procurar convencer de que se não aplica à hipótese em apreço, versara sobre caso diferente”. MAXIMILIANO Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.997, p. 181.

²²⁹ “It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike. This is enough to account for the fact that, in almost every jurisdiction, a judge tends to decide a case in the same way as that in which a similar case has been decided by another judge. The strength of this tendency varies greatly. It may be little more than an inclination to do as others have done before, or it may be the outcome of a positive obligation to follow a previous decision in the absence of justification for departing from it”. Em tradução livre: “É um princípio básico da administração da justiça que casos parecidos devem ser decididos da mesma forma. Isso é suficiente para explicar o fato de que, em quase todas as jurisdições, um juiz tende a decidir um caso, da mesma forma como aquele em que um caso semelhante foi decidido por outro juiz. A força desta tendência varia muito. Pode ser pouco mais do que uma inclinação para fazer o que outros fizeram antes, ou pode ser o resultado de uma obrigação positiva de seguir uma decisão anterior, na ausência de justificação para se afastar dela”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4^a. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 3.

A coerência,²³⁰⁻²³¹ a estabilidade do sistema jurídico e o princípio da igualdade seriam suficientes para fundamentar a subordinação ao precedente, a ponto de esses precedentes se tornarem quase dogmas? Acredita-se que obrigar equivale a se submeter, e submissão não se conforma com Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos se apoiam na participação e no consenso. E mais, seria aceitável que as noções de segurança, de igualdade e de coerência sejam definidas por cortes superiores da jurisdição?

Nesta perspectiva, não é difícil criticar a obrigatoriedade em se adotar os precedentes dos tribunais superiores,²³² concebidos, muitas vezes, por atitudes discricionárias,²³³ autoritárias, monocráticas, em um contexto positivista e prioritariamente hierárquico, ao invés de se adotar a persuasividade das decisões anteriormente prolatadas.

Parece não haver dúvida que a justificativa para se respeitar o princípio do *stare decisis* corresponde a uma questão política, não significando dizer que seja democrática, o que impõe questionar o grau de democraticidade do exercício da jurisdição tanto no *common law* como também no *civil law*.

Ressalta-se que há inúmeros critérios políticos capazes de caracterizar um julgado como precedente, como por exemplo, o número de vezes em que a questão jurídica foi adotada, o órgão que proferiu a decisão, a notabilidade do juiz que decidiu, a discricionariedade do próprio órgão jurisdicional.

²³⁰ A coerência do sistema jurídico é proporcional à sua densidade principiológica. Neste sentido Neil MacCormick: "To the extent however that the rules are, or are treated as being, instances of more general principles the system acquires a degree of coherence". Em tradução livre: "Porém, na medida em que as regras são, ou sejam tratadas como se fossem instâncias de princípios mais gerais, o sistema adquire um grau de coerência". MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 107.

²³¹ "[...] 'coherence' in the sense that the multitudinous rules of a developed legal system should 'make sense' when taken together. Sets of rules may be such that they are all consistent with some more general norm, and may therefore be regarded as more specific or 'concrete' manifestations of it". Em tradução livre: "[...] 'coerência' no sentido de que as inúmeras normas de um sistema jurídico desenvolvido devem 'fazer sentido' quando tomadas em conjunto. Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas são consistentes com alguma norma mais geral, e pode, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou 'concretas' dessa norma". MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 152.

²³² "O aspecto que caracteriza a regra do *precedente*, nesse particular [vinculante], é o seu cunho fortemente coercitivo. Esse princípio jurídico é denominado *stare decisis*, significando que a anterior decisão cria direito" (grifo no original). TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 12.

²³³ HONDIUS, Edwoud. General report. In: **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Ed. Edwoud HONDIUS. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 10.

Em relação aos precedentes, interessante questão se apresenta no sistema jurídico brasileiro, a respeito do entendimento prevalente nos tribunais superiores, por meio do qual estes tribunais não devem reexaminar questões fáticas em sede recursal, destacando-se o claro objetivo em reduzir a apreciação de recursos e com isto a quantidade de processos a tramitarem nestes órgãos.

Ocorre que a adoção dos precedentes ao estilo do *common law* parece implicar obrigatoriamente uma drástica mudança no método pelo qual os recursos serão avaliados, caso se queira respeitar a tradicional noção de precedentes daquele sistema.²³⁴ De outro modo, se na aplicação dos precedentes, os órgãos julgadores continuarem a desconsiderar as semelhanças entre as questões jurídicas ter-se-á algo figurativo, no melhor estilo dos precedentes “à brasileira”.

Na teoria do precedente, os fatos e a motivação são essenciais para a sua construção.²³⁵ Caso não haja alteração na forma de se analisar e de construir a fundamentação dos recursos, considerando as premissas do novo Código de Processo Civil, prevalecerá a separação entre direito e fato, resquício do racionalismo do século XVIII, resultando na continuidade da universalização e da abstração de ementas, súmulas e excertos de julgados.

Ovídio Baptista (1.929-2.009) assinalava a incoerência do entendimento de destacar o fato do direito:

Segundo a Constituição Federal, nossos supremos tribunais têm a missão de velar pela uniformidade da jurisprudência, além de impedir que as instâncias ordinárias cometam violação à Constituição e às leis federais, pressupondo, porém, o texto constitucional a separação entre “direito” e “fato”, de tal modo que esses tribunais não reexaminem as “questões probatórias”, que haverão de ser soberanamente apreciadas pelos tribunais ordinários. Certamente é possível, em teoria, fazer a separação entre o momento da “formação” da prova e o segundo momento, relativo ao “sentido” da prova produzida, o momento em que o julgador, dispondo da prova, em sua materialidade, dá-lhe o sentido que lhe pareça pertinente. É o

²³⁴ “[...] o futuro de nossos tribunais supremos depende da urgente reforma constitucional, no que pertine aos pressupostos de cabimento dos recursos extraordinários. É necessário modernizá-los de modo eles ultrapassem a modernidade, superando a equivocada distinção entre ‘questão de fato’ e ‘questão de direito’, que é o atual pressuposto de nosso sistema constitucional, para reconhecer que, além da errônea aplicação da lei, a verdadeira missão dessas cortes excepcionais é o controle da motivação fática das sentenças, bem como o controle dos erros de fato, na apreciação da prova, seja pela ilogicidade dos fundamentos aceitos pela sentença; seja pela ‘incompletude’ da análise da prova, determinante de erro na aplicação do direito”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

²³⁵ “Bem é de ver que, pressupondo, sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo *precedente judicial* é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (grifos no original). TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 12.

chamado momento da “qualificação” da prova. Diz-se não caber aos tribunais supremos pronunciarem-se sobre a existência da prova. Esta é considerada uma missão exclusiva das instâncias ordinárias. Mas é legítimo que os tribunais dos recursos extraordinários revisem a “qualificação” da prova, de modo a determinar se, da prova existente – respeitada a sua “completude” –, fora adequada a conclusão extraída pela decisão recorrida. Nisto, substancialmente, costuma esgotar-se o exame das “questões de fato” perante nossos tribunais supremos. Os recursos extraordinário e especial serão admitidos quando essas instâncias considerem que a prova foi mal apreciada pelo acórdão recorrido, porque o julgamento – atendo-se à prova existente nos autos – qualificaram-na equivocadamente.²³⁶

São numericamente irrelevantes as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça,²³⁷ que analisam as provas e esta atitude é amparada por enunciados de súmulas destes próprios tribunais.²³⁸ No que toca ao precedente, questiona-se se não haveria uma incompatibilidade entre estes e o enunciados das súmulas n. 279, do Supremo Tribunal Federal, e n. 7, do Superior Tribunal de Justiça. Há anos, Ovídio Baptista se irressignava com a posição dos tribunais superiores, conforme assinalado a seguir:

Impõe-se, portanto, a conclusão de que nossos tribunais supremos, simultaneamente à tarefa de vigiarem a “qualificação” dos “fatos” devem preocupar-se também com a correta – e completa – fundamentação das sentenças, de modo que tanto o princípio constitucional que o manda respeitar quanto os arts. 131 e 458 do Código de Processo Civil, pilares de uma jurisdição compatível com um Estado Democrático de Direito, passassem a ter vigência efetiva, impedindo o arbítrio de decisões jurisdicionais carentes de fundamentação. Em última análise, a missão dos supremos tribunais é, sim, examinar “fatos” ou, se quisermos, vigiar que eles sejam utilizados pelas instâncias ordinárias de modo a assegurar a correta aplicação da lei, para que essas Cortes exerçam o “*controllo della logicità del fatto*”, exigência fundamental tanto da racionalidade do julgamento, quanto da observância do “princípio do contraditório”.²³⁹

Cross (1.912-1.980) e Harris (1.940–2.004) destacam que, também no sistema do *common law* inglês, há decisões dos juízes da *County Courts* sobre

²³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

²³⁷ “Todavia, o número desses julgados não chega a fazer sombra à extraordinária avalanche de decisões, em geral monocráticas, dos respectivos relatores, que impedem o acesso do recurso, sob a alegação de que o recorrente pretende, simplesmente, o ‘reexame’ da prova; ou pretende que esses tribunais rejuquem a causa, como uma terceira instância”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

²³⁸ Enunciado da súmula do Supremo Tribunal Federal n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e do Superior Tribunal de Justiça de n. 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=510>> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 25/09/2.014

²³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

questões de fato que são irrecorríveis,²⁴⁰ de forma semelhante ao que ocorre no sistema jurídico brasileiro.

Como pode notar-se, a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico democrático brasileiro não significa apenas transformá-lo, tão somente, em normas jurisprudenciais, ou em normas jurídicas, ou inseri-los no Código de Processo. É muito mais do que isso, será necessária a sua adequação ao processo constitucional, conformando-os aos princípios verdadeiramente democráticos que devem fundamentar a jurisdição.

4.3. Os precedentes sob uma perspectiva processual democrática

Predominantemente, as obras que dissertam sobre o estudo do direito processual, incluindo as publicadas nos países que adotam o sistema do *civil law* quanto as publicadas nos países do *common law*, dedicam demasiada ênfase às atividades dos juízes e pouco esclarecem sobre a necessária participação das partes na construção do processo e da decisão. Questiona-se se esta sobrevalorização não seria perniciosa e incentivadora de portar o judiciário ao *locus* de superego da sociedade, como critica Ingeborg Maus (1.937-) . Veja-se:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. [...]. Na visão retrospectiva do século XX, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juizes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como ‘profetas’ ou ‘deuses do Olimpo do direito’. Nessas representações se revela mais que em qualquer outro campo a atual tendência ao biografismo, que demonstra uma reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos (grifos acrescidos).²⁴¹

²⁴⁰ “[...] there is the rule that there is no appeal on a question of fact from certain classes of decisions of a County Court judge, [...]”. Em tradução livre: “[...] existe uma regra segundo a qual não é possível recorrer de certas sentenças proferidas pelos juízes das *County Courts* quando se tratar de questões de fato, [...]”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 222.

²⁴¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 28, p. 183-202, 2.000.

Ao considerar a democracia como princípio,²⁴² não seria adequado restringi-la ao voto e à política, bem como, conforme o faz Paulo Bonavides, associar a noção de cidadania, como se fosse uma esfera de capacidades, da qual

derivam direitos, quais o direito de votar e ser votado (*status activae civitatis*) ou deveres, como os de fidelidade à Pátria, prestação de serviço militar e observância das leis do Estado. Sendo a cidadania um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos, este poderá traçar-lhe limites, caso em que o *status civitatis* apresentará no seu exercício certa variação ou mudança de grau. De qualquer maneira é um *status* que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida.²⁴³

Desta concepção estatal de cidadania, resulta um impedimento implícito que afasta a democracia do exercício das demais funções do Estado, especialmente, para o presente estudo, das funções jurisdicionais.

A cidadania na pós-modernidade deve exercitar-se por meio de procedimentos democráticos, compreendendo, conforme assinala Marcelo Cattoni, a:

titularidade de direitos reciprocamente reconhecidos e que se garantem através dessa institucionalização de procedimentos, capaz de possibilitar a formação democrática da vontade coletiva, a formação imparcial de juízos de aplicação jurídico-normativa e a execução de programas e de políticas públicas, sem impor um único modelo de vida boa, embora os mesmos devam garantir aos cidadãos, no exercício de sua autonomia pública, a possibilidade de realização de um projeto cooperativo de fixação de condições de vida e recorrentemente mais justas (grifos acrescidos).²⁴⁴

É neste contexto democrático que o processo constitucional deve desenvolver-se e o mesmo deverá ocorrer com os precedentes.

O ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, ao categorizar julgados como precedentes, deve adotar requisitos democráticos para a aplicação destes, tais como os enumerados por Dierle Nunes:

²⁴² “Tôda democracia é atenção ao querer; e esforço para identificar: marcha-se, sem que se saiba *para onde*; mas marcha-se. O seu fim é, pois, esperança, e não pròpriamente, fim; espera-se que se chegue ao acôrdo, pelas simetrizações que atenuem as diversidades da vontade. Daí a irremediável contradição de tôda democracia que não igualiza a escola, que não procura tornar possível a identificação a que aspira. Não é só isso. Tôda democracia é luta contra as lutas, porque organiza pleitos que evitem choques. Ainda mais. Tôda democracia supõe a vontade livre; portanto, liberdade, que precede à função democrática, e solução, que não a sacrifique porque a democracia é *no tempo*, em soluções sucessivas e provisórias”. (grifos no original). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 1 de 1.969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.987, tomo I, p. 12.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000, p. 93.

²⁴⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2.001, p. 178, 179.

1.º - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um "precedente" a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado.

2.º Integridade da reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo tribunal: ao formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática.

3.º - Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*stare decisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. É impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação.

4.º - Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos tribunais inferiores (*stare decisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores ("comparação de casos"): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico pelos Tribunais e juízes (como *v.g.*, as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *common law*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico ao precedente do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade dos casos.

5.º - Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obiter dicta* da decisão: a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais [...].

6.º - Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social - como ordinariamente ocorre em países de *common law*.²⁴⁵

²⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 41-82, set. 2.011.

Poder-se-ia acrescentar, além dos enumerados pelo processualista, o requisito da procedimentalização do “diálogo” entre os órgãos jurisdicionais, a fim de que a aplicação dos precedentes se realize a partir do consenso e não de forma autoritária, conforme encontra-se estruturada a hierarquia do judiciário. De outra forma, estar-se-ia prestigiando o protagonismo judicial, a fossilização dos precedentes e, tão somente, a eficiência quantitativa na solução das demandas, resultando, destes comportamentos, uma inevitável redução da densidade democrática do processo.

Ressalta-se, assim, que a adoção do precedente no ordenamento jurídico pátrio necessita de mais investimentos na compreensão e na delimitação teórica do instituto, a fim de se obter os benefícios que a sua aplicação pode resultar para a segurança, isonomia, previsibilidade e integridade do direito.

Na sequência, prossegue-se na reconstrução dos precedentes sob uma perspectiva democrática, ressaltando-se, desde já, a impossibilidade de desconsiderar o envolvimento histórico e cultural de sua construção. Por outro lado, ampara-se na perspectiva teórica da integridade do direito de Dworkin, respeitando o desenvolvimento continuado do direito, em conformidade com os direitos fundamentais.

4.4. A aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro

A resposta que se gostaria de obter é se o sistema jurídico brasileiro, com a aprovação e vigência do novo Código de Processo Civil, estará apto a permitir a aplicação dos precedentes de forma alcançar os resultados finalísticos que este instituto proporciona ao sistema do *common law*, uma vez que a sua aplicação exigirá um maior envolvimento do órgão julgador para fundamentar a decisão, ensejando uma análise mais aprofundada das questões jurídicas da demanda *sub judice* e do precedente.²⁴⁶

²⁴⁶ No momento atual, o sistema processual não corresponde a esta expectativa, conforme afirma Dierle Nunes: “Infelizmente, em face de inúmeros fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a eficiência quantitativa, impondo mesmo uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais (padronização decisória), mesmo que isto ocorra antes de um exaustivo debate em torno dos casos, com a finalidade de aumentar a estatística de casos ‘resolvidos’”. NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 41-82, set. 2.011.

Não há dúvidas que este necessário *plus* interpretativo à análise do caso e do precedente exigirá um maior esforço em alguma etapa do processo. E não é absurdo afirmar que a vantagem em relação ao aspecto qualitativo da decisão exigirá, por outro lado, um tempo maior no processo.

Assim, *ceteris paribus*, não há como prever melhorias na efetividade do processo, preservando as técnicas do processo clássico individualizado, principalmente no sistema jurídico brasileiro, no qual as fases preparatórias do processo não são levadas tão a sério como deveriam. Os precedentes, *tout court*, não serão suficientes para solucionar as crises da jurisdição e do processo. Tudo indica que o sucesso dos precedentes deve estar relacionado a novos paradigmas de abordagem dos conflitos, que considerem seriamente a litigiosidade repetitiva e serial,²⁴⁷ a fim de atender os direitos fundamentais de uma sociedade de massas instalada.²⁴⁸

Aspecto relevante a ser destacado nas cortes supremas do *common law*, da Inglaterra e dos Estados Unidos, é aquele que se refere aos casos a serem julgados por estas cortes. Não existem normas compelindo estas cortes supremas a processarem e a julgarem determinado recurso. A escolha é realizada pela própria corte, utilizando a mal afamada discricionariedade. A corte escolhe o caso merecedor de processo e julgamento. A utilização desta técnica resulta na reduzida quantidade de casos julgados por estas cortes, conforme assinala Michele Taruffo (1.943-):

²⁴⁷ “A recente divulgação do relatório “Justiça em Números” do CNJ mostra que em 2.013 tramitavam no Poder Judiciário cerca de 95 milhões de processos. Neste ambiente saturado, de litigiosidade massiva (em grande medida repetitiva), de uso recorrente de modelos decisórios, informatização padronizadora, julgamentos em lista, em pseudo-colegialidade, torna-se imperativa a mudança da atuação da advocacia com a finalidade de atendimento à garantia fundamental ofertada a todo o cidadão de obtenção de uma defesa técnica (art. 133, CRFB/1.988)”. NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio Delfino. **Infantilização dos advogados e juízes: mais um PL que tenta esvaziar a defesa técnica do cidadão. Justificando.** Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/02/infantilizacao-dos-advogados-e-juizes-mais-um-pl-que-tenta-esvaziar-defesa-tecnica-cidadao>>. Acesso em: 04/10/2.014.

²⁴⁸ “O processo civil clássico foi idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente questões envolvendo a propriedade, relações contratuais, família e sucessões): a denominada litigiosidade individual. No entanto, na atualidade, esta litigiosidade não se mostra como a mais preocupante para o sistema de aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1.988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1.988) e do devido processo legal (art. 5º, LIV; da CF/1.988), o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos (fundamentais) e permitir que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder judiciário”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 41-82, set. 2.011.

El primero de estos elementos [la uniformidad de la jurisprudencia y el control de legalidad] está constituido por el poder, que estas cortes tienen, para escoger los casos que las propias cortes consideran deben decidir. La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza el denominado certiorari con plena e ilimitada discrecionalidad, estableciendo cuáles son los casos que se entienden merecedores de consideración y decisión, y ésta elección – positiva o, como sucede en la mayor parte de los casos, negativa - no requiera motivación. [...]. El segundo elemento que se toma en consideración, y que está directamente ligado al poder discrecional de elegir los casos que merecen ser decididos, es el número limitado de decisiones que estas cortes emiten. Actualmente la House of Lords pronuncia menos de 100 sentencias al año, y la corte suprema de los Estados Unidos menos de 200, con una línea de tendencia que va en el sentido de una progresiva reducción del número de casos que vienen tomados en consideración (grifos acrecidos).²⁴⁹

Uma preocupação que desponta no cenário dos precedentes diz respeito ao perverso costume, há muito radicado no sistema jurídico brasileiro, de, em regra, fundamentar superficialmente as decisões em enunciados de súmulas,²⁵⁰ ementas e nas próprias normas jurídicas, situação que diverge da técnica de aplicação do precedente no formato dos países do *common law*. Assim, corre-se o risco de se criar um novo instituto: o precedente tipicamente brasileiro, em desfavor da integridade do direito.²⁵¹

A utilização criteriosa dos precedentes parece não se conformar com a atual técnica pátria de motivar decisões, que utiliza a jurisprudência e os enunciados de súmulas, e até ementas,²⁵² como se fossem normas genéricas e abstratas,

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2.008, p. 205-223.

²⁵⁰ “No Brasil, a utilização do aludido ‘marco zero’ se apresenta, inclusive, quando são utilizadas Súmulas e julgados passados, isto é, a mera referência a ‘teses’ colhidas daqueles não garante maior integridade” (grifos acrecidos). NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 41-82, set. 2.011.

²⁵¹ “Sequer os rudimentos da teoria dos precedentes, destilada durante séculos nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui”. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 31.

²⁵² Apenas para exemplificar, transcreve-se excerto do voto: “[...]. A propósito trago à colação os seguintes julgados:

‘ADMINISTRATIVO - CONSELHO PROFISSIONAL EM DISPUTA COM VIGILÂNCIA SANITÁRIA. 1. Cabe ao CRF fiscalizar, pelo exercício do poder de polícia, as farmácias e drogarias. 2. A competência funcional do Conselho não se confunde com a de Vigilância Sanitária, que tem por escopo zelar pela vigilância de funcionamento organizacional, inclusive de horário. 3. Recurso especial provido’. (STJ, RESP- 274415, Proc. nº 200000863572, Data da Decisão 21/02/2002, Rel. Min. Eliana Calmon).

‘ADMINISTRATIVO. DROGARIAS E FARMÁCIAS. FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. RESPONSÁVEL TÉCNICO EM HORÁRIO INTEGRAL. 1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que reconheceu a competência do órgão de fiscalização sanitária local, e não do Conselho Regional de Farmácia, para fiscalizar e aplicar as penalidades no caso de infrações cometidas pelos estabelecimentos que não cumprirem a obrigação legal de manter um responsável técnico em horário integral. 2. Irresignação recursal no sentido de

universalizantes, tipicamente legislativas, em desconformidade com a distribuição das funções constitucionais atribuídas à jurisdição e ao parlamento.

Não criticando, neste momento, a democraticidade do instituto, a fundamentação da decisão baseada em precedentes é uma técnica que procura privilegiar a estabilidade e a linearidade do sistema jurídico, embora também possa, quando mal utilizada, produzir efeitos deletérios,²⁵³ ocasionando ofensas e desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais.

O sistema jurídico brasileiro, no qual a jurisprudência sobre o mesmo tema oscila em diversas frequências, apresenta, não raro, decisões que se contradizem, inclusive em tribunais que detêm a qualidade de superiores, disponibilizando aos interessados e aos julgadores um “cardápio” que serve a toda e qualquer pretensão.²⁵⁴

Interessa referenciar, principalmente em razão do elevado prestígio que o autor do texto, a seguir transcrito, Luís Roberto Barroso, ocupa no cenário jurídico, o comentário sobre os precedentes, no qual, se por um lado e em sua maior parte, defende os fundamentos democráticos da segurança jurídica, isonomia e eficiência, por outro lado, subordina os precedentes ao entendimento dos tribunais. Assim, expressa o autor:

Pois bem: nesse ambiente marcado pela expansão, pela judicialização das relações e pelo poder criativo dos intérpretes é que se coloca, de maneira decisiva, a questão da função dos precedentes judiciais. O acatamento amplo à jurisprudência dos tribunais, notadamente dos tribunais superiores, em um mundo marcado pela complexidade, pela diversidade e pelo pluralismo, tem a potencialidade de realizar três grandes princípios constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. De fato, o respeito

que compete à Vigilância Sanitária, e não ao CRF, impor ao estabelecimento a penalidade decorrente do fato desta não manter, durante todo o horário de funcionamento, responsável técnico habilitado e registrado no Conselho Regional. 3. Inexistência da alegada incompetência do Conselho Regional de Farmácia para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24, da Lei nº 3.820/60, que cria os Conselhos Federais e Regionais de Farmácia, é claro no estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, terem profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para os quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores ao Conselho Regional respectivo. 4. As penalidades aplicadas têm amparo legal no art. 10, 'c', da Lei nº 3.820/60, que dá poderes aos Conselhos Regionais para fiscalizar o exercício da profissão e punir as infrações. 5. A Lei nº 5.991/73 impõe obrigação administrativa às drogarias e farmácias no sentido de que terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei' (art. 15), e que 'a presença do técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento. 6. Recurso provido'. RESP 364827/SP, DJ. 04/03/2002, P.00215, Relator Min. JOSÉ DELGADO). [...]".BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Apelação nº 2.004.03.99.029646-8 AC-SP, rel.: Juiz Conv. Manoel Álvares, Órgão Julgador: 4ª Turma, Julg.: 29/09/2.004.

²⁵³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 31.

²⁵⁴ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 31.

generalizado aos precedentes, por parte de juízes e tribunais, assegura a previsibilidade das condutas, elemento fundamental da idéia de segurança. Por outro lado, a aplicação da mesma solução a casos efetivamente equiparáveis impede que se produzam resultados discriminatórios em relação a pessoas que se encontrem na mesma situação. E, por fim, a observância dos precedentes, como regra geral, simplifica a atuação dos órgãos judiciais, permitindo decisões objetivas e com motivações mais sucintas (grifos acrescidos).²⁵⁵

Mais à frente, no mesmo texto, o autor demonstra a sua opção pelo protagonismo judicial:

E cabe apenas, antes de encerrar, fazer um registro fundamental. Pode acontecer de o juiz ou o tribunal se convencer que determinada tese jurídica firmada por instância superior não realiza, por fatores diversos, a justiça do caso concreto que lhe cabe decidir. Não se trata de mera divergência doutrinária, mas da constatação de que uma regra de direito que foi adequada para um problema pode não ser para outro. Nessa hipótese, não deve o órgão judicial decidir contra sua convicção, cabendo-lhe produzir a solução que se lhe afigure correta e justa. Em situações como esta, naturalmente, potencializa-se para o prolator da decisão o ônus argumentativo de demonstrar os elementos distintivos que impediram a adoção da regra geral. Tal compreensão da função dos precedentes judiciais, dotados de uma vinculação *prima facie* que pode não prevalecer em determinadas situações, supera as duas objeções que são normalmente opostas à sua valorização: (a) não há risco de se violar a consciência do juiz, (b) nem tampouco perigo de engessamento da jurisprudência (grifos acrescidos).²⁵⁶

Como pode observar-se, a instalação de um processo de cunho essencialmente democrático exige um contínuo esforço na realização dos princípios constitucionais que estabeleçam, na práxis, a possibilidade da concreta participação das partes e do órgão julgador, a fim de afastar o solitário desempenho da autoridade estatal.

4.5. Os precedentes no novo Código de Processo Civil sob uma visão principiológica

Ao analisar o novo Código de Processo Civil,²⁵⁷ aprovado pelo Senado Federal em sessão plenária de 17/12/2.014, é possível perceber que o novo Código

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Elementos para a construção de um direito jurisprudencial. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008, p. s.n.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Elementos para a construção de um direito jurisprudencial. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008, p. s.n..

²⁵⁷ O novo Código de Processo Civil, na data de conclusão deste trabalho, encontrava-se pendente de sanção presidencial. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil.

empenha-se, implicitamente, em designar o precedente como gênero,²⁵⁸ cujas espécies são as decisões em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula, os acórdãos em determinados procedimentos e as orientações do plenário do órgão especial dos tribunais.²⁵⁹

O novo Código de Processo, em seu art. 925, III, dispõe que os acórdãos²⁶⁰ nos procedimentos de “incidente de assunção de competência”, “resolução de demandas repetitivas”, “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” e “controle concentrado de constitucionalidade” deverão ser observados por todos os órgãos jurisdicionais, o que significa dizer que se categorizam como precedentes vinculantes.²⁶¹ Neste sentido, pode afirmar-se que o novo Código de Processo não equiparou o precedente à parte dispositiva do acórdão, e o fez corretamente, pois desta forma, possibilita uma ampla análise das questões jurídicas (fáticas e de direito) do precedente frente ao caso *sub judice*.

Por outro lado, o artigo 925, III, induz ao entendimento de que os acórdãos referentes aos procedimentos supracitados, antes mesmo de serem proferidos, já nasceriam nomeados precedentes, utilizando uma técnica que contraria a própria noção do instituto, uma vez que um precedente nunca nasce titulado.²⁶² Tal entendimento traduziria uma *contradictio in terminis*, ou o dispositivo estaria a tratar de uma nova figura, semelhante ao precedente, mas precedente não é.

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

²⁵⁸ A evidência é mais destacada na Emenda aglutinativa global ao PLC 8046/2.010, apensado ao PL 6.025/2.005, Capítulo XV – DO PRECEDENTE JUDICIAL, arts. 520 e 521, na qual o precedente ocupa um capítulo próprio e bem definido.

²⁵⁹ Livro III – Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais – Título I – Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais – Capítulo I – Disposições gerais - arts. 924 e 925.

²⁶⁰ “Art. 202. Recebe a denominação de acórdão o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 07/02/2.015.

²⁶¹ A confirmação de que se tratam de precedentes se encontra no art. 925, § 5º, “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 07/02/2.015.

²⁶² “O *precedente* então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos” (grifo no original). TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 12.

A norma, que se extrai do texto do artigo 925, se isoladamente interpretada, agrega ao precedente uma abstração maior que a desejada, pois, o destaque do instituto passa a ser o binômio competência-procedimento, ao invés do conjunto *ratio decidendi-fatos*.

Nada obstante, este dispositivo (art. 925) e todos os outros que compõem o novo Código de Processo, sob o pálio democrático do processo constitucional, exigem uma técnica própria de aplicação e interpretação, qual seja: a sistemática, a respeito da qual: a) há proibição de interpretação isolada de qualquer dispositivo do novo Código de Processo Civil; b) é inarredável a observância dos princípios constitucionais em conjunto com as normas fundamentais que o próprio Código estabelece, em seus artigos 1º ao 12, as quais constituem o Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do estatuto processual. É necessário frisar que o Código é uma unidade e que deve ser permanentemente prestigiado com tal.

Nestas situações, vale repetir que a formação e a aplicação do precedente deverá observar os princípios constitucionais e as normas fundamentais do novo Código de Processo Civil.

Precedente, em sentido *lato* ou *stricto*, não pode ser aceito como um dogma, ou quase-dogma, tal como a “lei”. No processo constitucional, o precedente deve ser aplicado a partir da participação discursiva dos interessados, convencidos de que determinado precedente será adequado a fundamentar o julgamento *sub judice*, sob pena de se continuar privilegiando o positivismo.²⁶³

No sistema do *common law*, a obrigatoriedade em respeitar as decisões anteriores não é co-originária deste sistema.²⁶⁴ Surge em 1.898,²⁶⁵ assim mesmo

²⁶³ “É que até mesmo o sistema de precedentes necessita de ‘blindagens’ contra discricionariedades interpretativas...!”. STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 17.

²⁶⁴ “The system of precedents is much younger than the common law itself, it is not uncontested and it is subject to erosion. Historically speaking, precedent is much younger than one might think. ‘Prior to the mid - or late nineteenth century, judges in England did not regard themselves bound by earlier decisions (...)’”. Em tradução livre: “O sistema de precedentes é muito mais jovem que o próprio *common law*, ele não é incontestável e está sujeito à erosão. Historicamente falando, precedente é muito mais jovem do que se poderia pensar. ‘Antes de meados - ou final do século XIX, os juízes na Inglaterra não se consideravam vinculados por decisões anteriores (...)’”. HONDIUS, Edwoud. General report. *In*: **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Ed. Edwoud HONDIUS. Bruxelles: Etablissements Emile Bruyland, 2.007, p. 10.

²⁶⁵ “Only in 1.898 was the binding force of precedents accepted, without everyone being convinced.. Someone like Lord Denning engaged in an epic battle with precedents (he was known for his dissenting opinions)”. Em tradução livre: “Somente em 1.898 a força obrigatória dos precedentes foi aceita, embora nem todos estivessem convencidos. Alguém como Lord Denning engajou-se em uma batalha épica com os precedentes (ele era conhecido por suas opiniões divergentes)”. HONDIUS, Edwoud. General report. *In*: **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International**

com críticas.²⁶⁶ O grau de rigidez do princípio do *stare decisis*, na Inglaterra, chegou a tal ponto, que nem mesmo os precedentes da *House of Lords* poderiam ser modificados por este tribunal, fator contributivo para a cristalização do direito, em total desconformidade com a dinamicidade da sociedade, por mais conservadora que esta seja.

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que a interpretação atual do precedente não se pode limitar à interpretação que lhe foi dada pelo julgador original,²⁶⁷ ou, tão somente, pelo órgão julgador do caso *sub judice*, pois, no processo democrático, os interessados na demanda deverão participar da construção da melhor interpretação, evitando o antidemocrático *judge-made law*, na interpretação em que se afirma ser o juiz o criador do direito.

Para a própria sobrevivência do precedente, ressalta-se que este nem sempre poderá servir como fundamentação do caso presente. Nos casos de haver semelhança, embora inaplicável o precedente, será necessário utilizar as válvulas de escape para afastar o precedente, *v.g.*, *departures*,²⁶⁸ *distinguishing*, institutos que também exigem motivações adequadas.

Somente a partir da interpretação participativa do caso *sub judice*, em conjunto com os possíveis precedentes aplicáveis, é que estes poderão ser

Academy of Comparative Law. Ed. Edwoud HONDIUS. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 10.

²⁶⁶ “In the mid-nineteenth century the House of Lords developed the practice that it would be bound by its own decisions. This was reaffirmed in *London Tramways Co v London County Council* [1.898] AC 375. The House of Lords felt that decisions of the highest appeal court should be final in the public interest so that there would be certainty in the law and an end to litigation. However, this practice was criticised from the 1.930s. Some of the Law Lords said that the rule did not produce the desired certainty in the law and it had become too rigid (eg, Lord Wright, Lord Denning and Lord Reid). Nevertheless, the practice was not changed until 1.966 by Lord Gardiner LC”. Em tradução livre: “Em meados do século XIX, a *House of Lords* desenvolveu a prática pela qual esta mesma corte se vinculava às suas próprias decisões. Isso foi reafirmado em *London Tramways Co. v. London County Council* [1.898] AC 375. A *House of Lords* considerou que as decisões da mais elevada corte deveriam ser finais, e de interesse público, para que houvesse segurança jurídica e um fim aos litígios. No entanto, esta prática foi criticada a partir da década de 1.930. Alguns dos lordes disseram que a regra não estava produzindo a certeza desejada e tornou-se demasiada rígida (por exemplo, *Lord Wright, Lord Denning e Lord Reid*)” (grifos acrescidos). LAWTEACHER. Doctrine of precedent – law making potential. **English legal system lecture notes.** Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/english-legal-system/lecture-notes/judicial-precedent-2.php>>. Acesso em: 02/10/2.014.

²⁶⁷ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 73.

²⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. **Revista Conjur.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>>. Acesso em: 20/10/2.014. SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Daniel Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents: a comparative study.** Aldershot-Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1.997, p. 519-520.

afastados ou não. A desconsideração do precedente *tout court*, sem apresentar uma motivação adequada também compromete a consistência e a integridade do sistema, dais quais Dworkin é defensor. Significaria desprezar a experiência na formação encadeada de suas interpretações, perceptíveis a partir das decisões anteriores, nas quais foi ou não utilizado.

A teoria do precedente vinculante, por si só, não está apta a afastar a discricionariedade do julgador, uma vez que a aplicação do precedente, independentemente de ser vinculante ou persuasivo, também é resultado de uma interpretação. A discricionariedade somente será controlada a partir da intensa participação das partes, asseguradas as garantias fundamentais do contraditório²⁶⁹ e da ampla defesa e do devido processo.²⁷⁰

A adequação dos precedentes ao processo constitucional deve dar-se sob um prisma principiológico, considerando-os como argumentos de princípios que procuram traduzir a igualdade material. Ressalta-se que princípios não são “inventados” por especialistas, como esclarece Chamon Júnior:

[...], se por um lado podemos afirmar que o juiz, ou os Senhores Ministros, não estão autorizados a inventar normas, a “criar” princípios jurídicos – mesmo porque princípios jurídicos somente são jurídicos se assumidos como referidos à *praxis* discursiva que o Direito representa, e não se “inventados” por um especialista –, [...], por outro lado o que nos parece adequado reconhecer é que os julgadores têm reconhecida uma autoridade que assim é assumida por autorizá-los, e deles cobrar, uma constante re-interpretação do Direito, uma contínua re-leitura do sistema do Direito, assumindo seus pressupostos e sua complexidade no próprio ato de julgar. O que devemos colocar em relevo é que muito embora os especialistas do Direito possam ter um ponto privilegiado na compressão do Direito, isso jamais significa que o Direito somente possa ser compreendido pelos mesmos e, mais que isso, que o Direito seja aquilo que esses especialistas pretendam que ele seja [...].²⁷¹

²⁶⁹ A respeito do conteúdo do contraditório, explicita Dierle Nunes: “Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que este for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de e contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private information*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 230.

²⁷⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 77.

²⁷¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2.009, p. 183.

Nesta perspectiva, torna-se necessário afastar a interpretação apenas textual do precedente ou sua utilização como argumentos de política, o que reduziria drasticamente o seu alcance de atuação,²⁷² contrariando a desejável abrangência da teoria dos precedentes. Assim, a utilização principiológica dos precedentes exige a participação efetiva dos interessados, a fim de coibir a discricionariedade e a arbitrariedade do órgão julgador.²⁷³

O exemplo, a seguir, apresentado por Dworkin é suficiente para esclarecer a questão:²⁷⁴ um fabricante de automóveis é condenado a indenizar um cliente consumidor que se acidentou em razão de defeito no seu veículo. Questiona-se se este precedente poderia ser utilizado quando uma empresa sofre prejuízos em razão de negligência de empregados de uma companhia de energia elétrica que fornecia energia à primeira, ao romperem cabos alimentadores de energia. Caso a interpretação do precedente coubesse apenas ao órgão julgador, este poderia decidir discricionariamente, afirmando que o precedente é ou não aplicável à demanda *sub judice*, envolvendo a companhia de energia elétrica. No processo constitucional, ao se adotar as garantias processuais, a aplicação do precedente ao caso envolverá a ampla participação das partes, apresentando padrões de semelhança e dessemelhança entre as questões de fato e de direito, argumentos favoráveis e desfavoráveis a respeito da aplicação ou não do precedente e a decisão deverá ser fundamentada com base nas questões discutidas durante o processo.

Em sistemas jurídicos instáveis, com constantes modificações de entendimentos, a utilização do precedente pouco ou nada acrescentaria à estabilidade do sistema, pois a variedade de entendimentos não contribuiria para a

²⁷² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 74, 75, 76.

²⁷³ “A partir das lições de DWORKIN E HABERMAS podemos esclarecer que em face de *hard cases* a autoridade jurisdicional há de assumir, sim, sua autoridade que, em uma democracia e em um exercício legítimo, é autorizada. Autorizada a assumir o Direito como um sistema de princípios, como um sistema capaz de ser, a cada novo caso difícil surgido, re-interpretado em face de novos argumentos ou novas questões trazidas à esfera institucional que a jurisdição representa. Afinal, tal autoridade está autorizada a aplicar o Direito ao caso, e não a ‘inventá-lo’ ao seu gosto ou agrado, e não a ‘criar’ uma solução que entenda mais justa ou capaz de atingir uma ‘finalidade’ que supostamente embute, em sua interpretação, como sendo uma ‘finalidade da norma’ [...] Como insistentemente marcado nessas páginas, a autoridade jurisdicional está autorizada a interpretar o Direito, perante os casos, a partir do sentido que a própria prática jurídica, desde o passado, nos informa qual é, senão o sentido de igual realização dos direitos fundamentais a todos e em cada caso e na maior medida possível”. (grifos no original). CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2.009, p. 183.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1.978, p. 83-84, 111.

coerência entre as decisões sobre situações semelhantes. Lenio Streck apresenta, na sequência, uma abordagem dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, comparando-a com a do sistema norte-americano do *common law*, além de criticar a súmula como espécie de precedente:

Nos Estados Unidos, precedente tem “nome e sobrenome”; aqui, uma súmula (para falar apenas em um “tipo” de “precedente”) possui apenas um número; lá o precedente serve para resolver casos passados; aqui, tem a pretensão de abarcar todos os casos futuros (aliás, uma súmula é feita exatamente para esse fim).²⁷⁵

Em seguida, Streck assinala a postura dos juristas brasileiros, dependentes da superação do esquema sujeito-objeto para a transformação do direito:

[...], sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola e domina o imaginário dos juristas, sem superar a discricionariedade positivista e a falsa impressão de serem críticas determinadas posturas subjetivistas-axiologistas que desconsideram o texto (inclusive da Constituição), será temerário falar no resgate do papel transformador do direito, entendido como aquele que exsurge do papel dirigente e compromissório da Constituição.²⁷⁶

Em relação à possibilidade da adoção dos precedentes *stricto sensu* pelos tribunais superiores brasileiros, constata-se um problema, analisado em outra parte deste texto. Os tribunais superiores, que preponderantemente têm a eles atribuída a competência recursal, adotam orientação restritiva em relação à rediscussão dos fatos, restringindo-se às questões de direito, inclusive com entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.²⁷⁷

Ressalta-se que na utilização dos precedentes, tanto os persuasivos como os vinculantes, a interpretação participada dos fatos é essencial para definir o fundamento da decisão da demanda em discussão. Em razão disso, o atual costume

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 19.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 19.

²⁷⁷ “O que também contribui bastante para o alheamento do direito em relação aos fatos são as regras sobre os recursos especiais e extraordinários, no âmbito dos quais é vedada a (re)discussão dos fatos alegados e provados, cindindo-se os julgamentos às ‘questões de direito’, mais especificamente da ‘vigência’ da lei federal ou da Constituição. Disso decorrem consequências nefandas, que atuam em relação circular: a produção jurídica mais ‘autorizada’ é aquela dos tribunais superiores, por força da concentração de poder imposta pelo sistema recursal; por isso, também é ela a mais estudada e citada; como os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça desconhecem os fatos, também o estudo jurídico e a doutrina os ignoram. Como resultado, surgem uma teoria e uma prática independentes da realidade que os solicita, separando com isso o direito da realidade social e histórica” (grifos acrescentados). RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 46-47.

judicial dos tribunais superiores em afastar a análise das questões fáticas deve ser atenuado, a fim de contribuir para o sucesso dos precedentes *stricto sensu*.

Embora haja inter-relação entre o precedente obrigatório e decisão com efeito vinculante, estes institutos não se confundem, mas há semelhanças entre os mesmos. Ainda que os dois se originem de decisões políticas, que os definem vinculantes *a priori*, sem que haja preocupação com o seu conteúdo e com a relação entre os fatos, exterioriza-se uma forte perspectiva do positivismo jurídico.

O efeito da decisão é vinculante porque uma força política credenciou um determinado órgão a emitir decisões com tais efeitos. O elemento essencial na decisão vinculante e no precedente obrigatório passa a ser o órgão que os institui, ao invés de identificar a sua força nos fatos e na fundamentação da decisão. O critério adotado deixa de ser o convencimento e passa a ser a subordinação, um comportamento tipicamente positivista, ao determinar que decisões de determinados órgãos em procedimentos escolhidos previamente se tornem precedentes vinculantes.

Ao se adotar esta política de subordinação, cria-se uma obrigação jurídica, na qual determinados julgados e decisões se tornam precedentes e sejam aplicados como padrões para os julgamentos futuros, situação que é perfilhada, também, no sistema do *common law*.²⁷⁸ Neste contexto, a força gravitacional do precedente não se origina da persuasão, do convencimento, da participação democrática, ao contrário, resulta da subordinação de órgãos inferiores a órgãos superiores, com o objetivo de modelar decisões destes órgãos, que passam a corresponder a regras genéricas e abstratas.²⁷⁹

O elemento essencial da teoria do precedente é a semelhança entre as questões jurídicas, de fato e de direito, entre o caso *sub judice* e o caso paradigma, considerando toda a dimensão jurisprudencial acumulada, bem como a ordem

²⁷⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 11^a. ed. New York: Routledge, 2.010, p. 112, 116.

²⁷⁹ “Se ficou dito [...] que as decisões judiciais não são elaboradas para resolver casos futuros, mas apenas com olhos na resolução do caso presente (ao menos na *common law*), onde surgiu a ideia de precedentes e de *stare decisis*), como poderá se dar que elas venham a ser levadas em conta no futuro? Em outras palavras, se não há pretensão de abstração e generalidade na resolução de um caso, como poderá essa resposta gerar um *campo gravitacional hermenêutico* que venha a atrair um número indeterminado de casos subsequentes?” (grifos no original). RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 87-88.

normativa legislada. Por isso, aplicando um raciocínio puramente lógico silogístico, é impossível que um julgado seja preconcebido com o *status* de precedente.

Interessa sublinhar que no sistema do *common law*, a teoria do precedente vinculante contém em si um paradoxo, pois ao reconhecer a legitimidade do juiz do case para criar o direito, a conclusão lógica seria que esta legitimidade também fosse concedida aos juízes dos cases futuros, que também poderiam criar o direito. Porém, o precedente constrange o juiz do case posterior ao precedente vinculante.²⁸⁰

Uma peculiaridade nefasta no sistema jurídico-administrativo brasileiro, com efeitos sobre a jurisdição, se refere a vincular a progressão funcional dos juízes à sua atuação jurisdicional em sentido coincidente com os entendimentos dos tribunais superiores, conforme determina a resolução nº 106 do Conselho Nacional de Justiça.²⁸¹ Cria-se com a publicação desta norma administrativa uma espécie de coação moral, incidindo sobre a atuação dos juízes, demonstrando não apenas a hierarquia administrativa, mas também a jurisdicional, o que o CNJ denomina de disciplina judiciária.

Outro equívoco que ocorre no sistema jurídico brasileiro é o de vincular o precedente apenas a uma “questão de direito”, considerando que há distinção entre esta e a “questão de fato”. Na análise de um caso, tanto as “questões de direito”, como as de fato são relevantes e devem ser consideradas na construção do processo.²⁸²

Não é incomum no sistema jurídico brasileiro a utilização dos precedentes se transformarem em regras abstratas, afastadas dos fatos que lhe deram origem, principalmente quando se trata de enunciados das súmulas dos tribunais. Sempre será necessário lembrar que todo e qualquer precedente somente exerce

²⁸⁰ WHITTAKER, Simon. Precedent in english law: A view from the citadel. In: HONDIOUS, Ewoud (ed.). **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 28.

²⁸¹ Conselho Nacional de Justiça, resolução nº 106, de 06 de abril de 2.010, “art. 10 Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2.006)” (grifos acrescidos). BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12224-resolucao-no-106-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 10/10/2.014.

²⁸² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 68.

corretamente a sua função de influenciar decisões no presente e no futuro se observado o binômio “questão de fato”-“questão de direito”.²⁸³ De outra forma, desvirtua-se o instituto, transgredindo-o para servir à discricionariedade do órgão julgador.

Propugna-se que a construção das decisões judiciais com auxílio dos precedentes deve obedecer ao modelo de integridade. Na integridade ilustrada por Dworkin, na visão de uma *chain novel*, o órgão julgador do caso *sub judice* precisa conhecer os “capítulos” que os juízes do passado construíram, juntamente com a contribuição das partes, porque todos são atores no desenvolvimento do “romance”.

O modelo de integridade se compatibiliza com os precedentes, a fim de auxiliar na interpretação das questões jurídicas, em favor da estabilidade e consistência do direito.

O respeito à continuidade dos entendimentos, que não é absoluto e nem deve ser dogmático, exige coerência, de um lado, com as mudanças sociais que modificam o direito e contribuem para a confiança da sociedade na jurisdição e, de outro, no dever dos juízes em construir o processo sem utilizar arbitrariedades e subjetivismos.

A partir dessas observações, é possível afirmar que o precedente não é fator determinante da democraticidade processual, o é a participação das partes na construção do processo e de sua decisão. Por outro lado, a sua aplicação orientada pelo processo constitucional democrático contribuirá significativamente para a integridade do direito. Não é aceitável, no Estado Democrático de Direito, a utilização discricionária e subjetiva dos precedentes a encaminhar práticas antidemocráticas, potencializando o ativismo judicial.

A seguir, faz-se uma breve análise da *ratio decidendi*, em razão de sua fundamental importância para o estudo dos precedentes.

²⁸³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 90.

4.6. *Ratio decidendi*

Ao considerar o precedente como sustentáculo do sistema do *common law*,²⁸⁴ não seria incoerente considerar a *ratio decidendi* como o núcleo do precedente.

A *ratio decidendi* não coincide com a decisão. Não é a decisão que fixa o precedente, como não é o que o torna vinculante. Esta função é atribuída tecnicamente à *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* corresponde a uma regra jurisprudencial abstrata que se extrai da decisão na solução do conflito, representado e circunscrito pelos fatos levados à jurisdição.²⁸⁵ Na aplicação dos precedentes a vinculação se dá a partir da *ratio decidendi* e não a partir da decisão.

Nesta linha, a razão de decidir, certamente, não se confunde com a fundamentação, sendo esta o seu suporte textual. Ressalta-se que a fundamentação da decisão pode conter uma ou mais razões de decidir.

A aplicação do precedente, necessariamente, exige o conhecimento atento da fundamentação da decisão paradigma, pois, este componente é essencial para a construção das razões de decidir, ainda que seja, também, importante o estudo do relatório e do dispositivo da decisão.²⁸⁶

A importância da *ratio decidendi* no precedente coincide, no mesmo grau, com a sua polemização no sistema do *common law*, tal como assevera Thomas Bustamante:

²⁸⁴ "LORD GARDINER L.C.: Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules". Em tradução livre: "LORD GARDINER LC: Seus Lordes consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável para decidir o que é o direito e a sua aplicação aos casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza sobre o que os particulares podem confiar na condução dos seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas jurídicas". ENGLAND. **House of Lords**. Practice statement (judicial precedent) [1.966] 1 W.L.R. 1234. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html>>. Acesso em: 15/01/2.015.

²⁸⁵ "*Ratio decidendi*. It is important to establish that it is not the actual decision in a case that sets the precedent; that is set by the rule of law on which the decision is founded. This rule, which is an abstraction from the facts of the case, is known as the *ratio decidendi* of the case. The *ratio decidendi* (Latin for 'reason for deciding') of a case may be understood as the statement of the law applied in deciding the legal problem raised by the concrete facts of the case". Em tradução livre: "*Ratio decidendi*. É importante estabelecer que não é a própria decisão de um caso que define o precedente; este é definido pela regra jurídica na qual se funda a decisão. Esta regra, que é uma abstração dos fatos do caso presente, é conhecida como *ratio decidendi* do caso. A *ratio decidendi* (em latim: 'razão para decidir') de um caso pode ser entendida como a declaração do direito aplicado para decidir o problema jurídico levantado pelos fatos concretos do caso". SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14^a. ed. New York: Routledge, 2.013, p. 138.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2.010, p. 221.

Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controverso. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. [...]. É natural, portanto, que surjam disputas doutrinárias infundáveis acerca do que deve ser considerado vinculante em um precedente judicial.²⁸⁷

Thomas Bustamante afirma que a dificuldade em se determinar a *ratio decidendi* decorre da existência de uma pressuposta relação unívoca funcional 1d (uma demanda) → 1rd (uma *ratio decidendi*), na qual cada demanda deve corresponder a apenas uma *ratio decidendi*. Confira-se:

A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há apenas uma *ratio* em cada caso julgado. Tal premissa apenas resultaria plausível enquanto se admitisse como inquestionável a tese positivista de que as razões dadas pelo juiz para sua decisão são irrelevantes para determinar a regra jurisprudencial. Uma teoria dos precedentes que supere o Positivismo Jurídico e sua exasperação do momento *auctoritas* no raciocínio jurídico não pode aceitar essa tese (grifos no original).²⁸⁸

Não há consenso sobre a noção do que seja a *ratio decidendi* de um case.²⁸⁹ O tema é controverso e esta indefinição provoca incertezas e dificuldades no desenvolvimento da fundamentação das decisões e na própria interpretação do princípio do *stare decisis*. Há quem entenda que *ratio decidendi* ou *holding*²⁹⁰

é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, [...]. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido.²⁹¹

Outros entendem que *holding* ou *ratio decidendi* se refere às decisões reinterpretadas.²⁹² Alguns interpretam que a *ratio decidendi* expressa mais de um

²⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2.012, p. 259.

²⁸⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2.012, p. 270.

²⁸⁹ “When a precedent is said to be binding, it is not every word uttered by the judge or judges in justifying the decision which is transubstantiated into binding law – only the *ratio decidendi*. The trouble is that there is no generally agreed statement either of what a *ratio* is or of how you find the *ratio* of any given case”. Em tradução livre: “Quando se diz que um precedente é obrigatório, não se quer dizer que toda palavra proferida pelo juiz ou juízes para justificar a decisão que se transubstancia em direito vinculante - apenas a *ratio decidendi*. O problema é que não existe qualquer indicação geralmente aceita do que seja uma *ratio* ou como encontrar a *ratio* de qualquer dado case”. MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 82.

²⁹⁰ Neste estudo, adotou-se a equivalência entre *ratio decidendi* e *holding*, este último, utilizado no direito norte-americano.

²⁹¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 68-69.

²⁹² “All that it does is to stipulate a particular usage for the technical term *ratio*, which is in fact somewhat ambiguous in its ordinary use, precisely because it is variably used in practice. Sometimes it is used as referring to the proposition as actually laid down in the original decision of a case,

sentido.²⁹³ Há quem equipare *ratio decidendi* aos fatos da demanda e outros à questão de direito,²⁹⁴ ou às proposições de direito relacionadas aos fatos e às alegações das partes.²⁹⁵ E há quem afirme que proposições de fato não constituem precedentes.²⁹⁶

sometimes to that proposition as explained reinterpreted qualified or whatever in later cases". Em tradução livre: "Tudo o que isto faz é estipular um uso específico para a o termo técnico *ratio*, que é de fato um tanto ambíguo em seu uso comum, precisamente porque é variavelmente utilizada na prática. Às vezes é usada como referência à proposição como realmente previsto na decisão original de um caso, às vezes para a proposição como explicada, reinterpretada, qualificada ou, não importa o que seja, em casos posteriores". MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 85-86.

²⁹³ "Professor Montrose suggested that the expression *ratio decidendi* is used in two senses: (i) 'The rule of law for which a case is binding authority', and (ii) 'The rule of law to be found in the actual opinion of the judge, forming the basis of his decision'. If our description of the *ratio decidendi* is correct, there is generally no distinction between these two senses of the phrase until a decision has been interpreted in subsequent cases. Up to that moment the rule of law for which the decision is binding authority is that which is to be found in the actual opinion of the judge, forming the basis of his decision". Em tradução livre: "O Professor Montrose sugeriu que a expressão *ratio decidendi* é usada em dois sentidos: (i) 'a norma jurídica que determina que um caso seja autoridade vinculante', e (ii) 'a norma jurídica encontrada na atual opinião do juiz, formando a base de sua decisão'. Se a nossa descrição da *ratio decidendi* estiver correta, geralmente não há distinção entre esses dois sentidos da frase até que uma decisão tenha sido interpretada em casos posteriores". CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 72.

²⁹⁴ "A ideologia que se tem acerca dos precedentes também interfere fortemente na definição da *ratio*, ora fazendo-a colocar-se entre os fatos da causa, ora equiparando-a à questão de direito. Para os realistas estadunidenses, por exemplo, são os fatos que determinam o uso posterior do critério de julgamento. Já para os positivistas do *common law*, é a regra de direito subjacente dos julgamentos". LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.014, p. 100.

²⁹⁵ "However, the crucial aspect of the definition given above is that the *ratio* of a case relates the propositions of law discussed in the judgment or judgments to the facts of the case and to the claims of the parties. These two necessary connections delineate the boundaries of the binding force of the propositions in the text of the judgments. Obiter dicta are all the legal propositions in the judgments which do not have the force of *ratio*. [...]. This means, first, that the facts of a case form very much more than just a context: they play a crucial role in determining its future force. In this way, the binding force of precedent recognises the inherent particularity of any legal development made in the course of litigation, the judges having in mind the circumstances and, let it be said, the desired outcome of the litigation before them". Em tradução livre: "No entanto, o aspecto crucial da definição dada acima é que a *ratio* de um caso relaciona as proposições de direito discutidas no julgamento ou julgamentos para os fatos do caso e as alegações das partes. Estas duas conexões necessárias delimitam os limites da força obrigatória das proposições no texto dos julgamentos. [...]. Isto significa, em primeiro lugar, que os fatos de um caso formam muito mais do que apenas um contexto: eles desempenham um papel crucial na determinação de sua futura força. Desta forma, a força obrigatória do precedente reconhece a particularidade inerente a qualquer desenvolvimento jurídico efetuado no âmbito de um litígio, os juízes que têm em mente as circunstâncias e, diga-se, o resultado desejado do litígio antes deles". WHITTAKER, Simon. **Precedent in english law: A view from the citadel**. In: HONDIUS, Ewoud (ed.). **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 41-42.

²⁹⁶ "It has been emphasized at different points in this book that decisions on questions of fact do not constitute a precedent. A few words must now be added with regard to the distinction between propositions of law and propositions of fact". Em tradução livre: "Foi enfatizado em diferentes pontos neste livro que as decisões sobre questões de fato não constituem um precedente. Algumas palavras devem, agora, ser acrescentadas no que diz respeito à distinção entre proposições de direito e proposições de fato". CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 222.

Toni Fine, ao tratar do *case law* nos Estados Unidos, ressalta a figura do *rationale*, que corresponde à “explicação da corte para o seu holding, assim como para cada questão”.²⁹⁷ O *rationale* elucida as razões pelas quais a corte se encaminhou para o precedente escolhido, quais normas formaram o fundamento da decisão e se a decisão se fundou em um precedente vinculante ou persuasivo.²⁹⁸ Há, pois, uma vantagem na utilização do *rationale*, pois, a sua análise permite o controle e a verificação da coerência da atuação da corte na construção da decisão.

Em termos genéricos, a noção de *ratio decidendi* pode ser entendida como uma regra jurisprudencial expressa ou implícita necessária para alcançar a conclusão de uma demanda.²⁹⁹

Porém, a controvérsia não se limita à noção do que seja *ratio decidendi*, atinge, também, a técnica para discriminá-la em um *case*. Citam-se como exemplos os testes de Wambaugh, de Goodhart, de Oliphant, de Scalia.³⁰⁰ Apenas para exemplificar as dificuldades na descoberta da *ratio decidendi*, resumidamente apresenta-se, a seguir, os métodos de Wambaugh e de Goodhart.

Eugene Wambaugh (1.856-1.940) elabora o seu método, para extrair a *ratio decidendi* de um *case*, utilizando o teste de inversão (*Inversion Test*).³⁰¹ Este teste

²⁹⁷ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2.011, p. 72.

²⁹⁸ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2.011, p. 72.

²⁹⁹ “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”. Em tradução livre: “A *ratio decidendi* de um caso é qualquer norma jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele ou uma parte necessária da sua direção para o júri”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 72.

³⁰⁰ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 69.

³⁰¹ No original: “Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also. In short, when a case turns on only on point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the *ratio decidendi*, must a general rule without which the case must have been decided otherwise”. Em tradução livre: “No entanto, pela experiência, mesmo um iniciante pode determinar se é possível para uma dada proposição jurídica envolver um dado caso. A fim de fazer o teste, deixe-o primeiro enquadrar com cuidado a suposta proposição jurídica. Deixe-o em seguida, inserir na proposição uma palavra que inverta o seu significado. Deixe-o, em seguida, perguntar se o tribunal poderia conceber esta nova proposição como se boa fosse, e se tinha em mente, que a decisão poderia ter sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, embora seja excelente a proposição original, o caso não é um precedente para essa proposição. Mas se a resposta for

se baseia no pressuposto de que a *ratio decidendi* é uma regra geral, sem a qual o case será decidido de outro modo. O teste é realizado seguindo as seguintes instruções:

1. Extrair, cuidadosamente, a proposição jurídica que supostamente constituiria a *ratio decidendi*.
2. Introduzir no texto da proposição uma palavra ou termo que inverta o seu significado.
3. Responder a pergunta: se a corte tivesse concebido esta nova proposição invertida, a decisão seria a mesma?
4. Se a resposta for afirmativa, então, conclui-se que, embora sem importar-se com a excelência da proposição original, o case não é um precedente para aquela proposição.
5. Mas se a resposta for negativa, o case é um precedente para a proposição original e possivelmente para outras proposições também.

Assim, a proposição jurídica que obtém resposta afirmativa no teste, para Wambaugh, consiste em mero *dictum*.

Rupert Cross critica o *Inversion Test* de Wambaugh, alegando que a necessidade de demarcar cuidadosamente a proposição jurídica, que supostamente constitui a *ratio decidendi*, e a restrição do teste aos cases que se referem a uma única questão jurídica, retira dele a sua eficiência para descobrir qual é a *ratio decidendi* do case, porém, afirma que o teste é útil para determinar quais proposições jurídicas não se configuram como *ratio decidendi*.³⁰²

negativa o caso é um precedente para a proposição original e possivelmente para outras proposições também. Em resumo, quando um caso versa apenas sobre uma questão jurídica, a proposição ou doutrina do case, a razão de decidir, a *ratio decidendi*, deve ser a regra de caráter geral, sem a qual o case deve ter sido decidido de outra maneira". WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. 2ª. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1.894, p. 17-18.

³⁰² "The exhortation to frame carefully the supposed proposition of law and the restriction of the test to cases turning on only one point rob it of most of its value as a means of determining what was the *ratio decidendi* of a case, although it has its uses as a means of ascertaining what was not *ratio*. [...]. Thus, the merit of Wambaugh's test is that it provides what may be an infallible means of ascertaining what is not *ratio decidendi*". Em tradução livre: "a exortação para enquadrar cuidadosamente a suposta proposição jurídica e a restrição do teste para os casos circunscritos à apenas uma questão jurídica, retira dele a maior parte de seu valor, como meio para determinar qual foi a *ratio decidendi* de um caso, embora tenha utilidade como meio de determinar o que não é a *ratio*. [...]. Assim, o mérito do teste de Wambaugh é que ele oferece um meio infalível para determinar o que não é a *ratio decidendi*". CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 52-53, 56.

Outra crítica ao método de Wambaugh é empreendida por Neil Duxbury. Em situações em que a decisão se firma em fundamentos alternativos, cada um deles suficientes e independentes para suportar a decisão, ao se inverter cada um dos fundamentos, todos os outros se tornam *dicta*, não havendo como definir a *ratio decidendi*.³⁰³

Arthur Lehman Goodhart (1.891-1.978) sugere outra abordagem para se identificar a *ratio decidendi*. Para ele, a *ratio decidendi* não se identifica com a fundamentação da decisão (*opinion*). Goodhart afirma que a *ratio decidendi* pode ser encontrada nos fatos tratados pelo juiz como relevantes, em conjunto com a sua decisão com base na interpretação destes fatos. É pela escolha dos fatos relevantes que o juiz cria o direito. Goodhart apresenta as seguintes diretrizes para a descoberta da *ratio decidendi* de um *case*:³⁰⁴

1. A *ratio decidendi* não deve ser buscada nas razões (*opinions*) em que o juiz baseou a sua decisão. Goodhart considera equívoco o termo *ratio decidendi*, porque as razões (*ratio*) que o juiz apresenta para a sua decisão nunca se referem à parte vinculante do precedente,³⁰⁵ e assinala

³⁰³ "In fact, the main reason for doubting Wambaugh's test and the reason for doubting Vaughan's are the same: where a court bases its decision on two alternative grounds, taking either ground and reversing its meaning does not alter the decision, for although the meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands. Where a case contains two independent operative *rationes*, in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither *ratio* is necessary to the decision". Em tradução livre: "Na verdade, a principal razão para duvidar dos testes de Wambaugh e de Vaughan é a mesma: quando uma corte baseia a sua decisão em dois fundamentos alternativos, tomando qualquer um deles e invertendo o seu significado, isto não altera a decisão, pois, embora o significado de um dos fundamentos seja suficiente para suportar a decisão ter sido invertido, o outro não é alterado e assim a decisão se mantém. Quando um *case* contém duas *rationes* independentes e operativas, o teste de inversão demonstra que há apenas *obiter dicta* para o *case*, pois nenhuma *ratio* é necessária para a decisão". DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.008, p. 76-77.

³⁰⁴ GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, nº. 2, Dec. 1.930, p. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 10/02/2.015.

³⁰⁵ "The initial difficulty with which we are faced is the phrase *ratio decidendi* itself. With the possible exception of the legal term "malice," it is the most misleading expression in English law, for the reason which the judge gives for his decision is never the binding part of the precedent". Em tradução livre: "A dificuldade inicial com o qual nos deparamos é o próprio termo *ratio decidendi*. Com a possível exceção do termo jurídico *malice*, *ratio decidendi* é a expressão mais enganosa no direito Inglês, uma vez que a razão que o juiz dá para sua decisão nunca é a parte vinculante do precedente". GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, nº. 2, Dec. 1.930, p. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 10/02/2.015.

que, mesmo as razões sendo falsas, a decisão mantém sua autoridade, inclusive na condição de tornar-se um precedente.

2. O princípio do *case (ratio decidendi)* não se encontra na regra de direito (*rule of law*) estabelecida na fundamentação (*opinion*).³⁰⁶
3. O princípio do *case (ratio decidendi)* não é necessariamente encontrado por meio de uma consideração de todos os fatos verificáveis do *case* e da decisão do juiz. Esta premissa é uma crítica de Goodhart à teoria de Oliphant, a qual afirma que não é a opinião dos juizes que devem ser consideradas, mas, a maneira pela qual o juiz decide o *case*.
4. O princípio do *case (ratio decidendi)* corresponde aos fatos que o juiz determinou como relevantes para o *case*, conjugados com a sua decisão, com base nesses fatos. Isto é, pela escolha dos fatos relevantes é que o juiz cria o direito.³⁰⁷
5. O juiz pode tratar explicitamente ou implicitamente certos fatos como relevantes ou irrelevantes. Goodhart estabelece critérios para definir os fatos relevantes e os fatos irrelevantes, entre eles, a jurisprudência e os argumentos das partes.³⁰⁸

³⁰⁶ "If these statements are to be understood in their literal sense, it is respectfully submitted that the words are misleading, for it is not the rule of law 'set forth' by the court, or the rule 'enunciated' as Halsbury puts it, which necessarily constitutes the principle of the case. There may be no rule of law set forth in the opinion, or the rule when stated may be too wide or too narrow. In appellate courts, the rules of law set forth by the different judges may have no relation to each other. Nevertheless each of these cases contains a principle which can be discovered on proper analysis". Em tradução livre: "Se essas instruções são para ser entendidas em seu sentido literal, é respeitosamente sustentável que as palavras são enganosas, pois não é a regra de direito 'prevista' pelo tribunal, ou a regra 'enunciada' como Halsbury coloca, que constitui necessariamente o princípio do *case*. Não pode haver nenhuma regra de direito exposta na fundamentação, ou a regra, quando estabelecida, pode ser muito ampla ou restrita. Nas cortes de apelação, as regras do direito estabelecidas por diferentes podem não ter qualquer relação com as outras. Não obstante cada um destes *cases* contém um princípio que pode ser descoberto por uma análise adequada". GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, nº. 2, Dec. 1.930, p. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 10/02/2.015.

³⁰⁷ "It follows that our task in analysing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law". Em tradução livre: "Segue-se que nossa missão na análise de um caso não é expor os fatos e a conclusão, mas declarar os fatos relevantes, como vistos pelo juiz e a sua conclusão com base neles. É pela escolha dos fatos relevantes pelo juiz que ele cria o direito". GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, nº. 2, Dec. 1.930, p. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 10/02/2.015.

³⁰⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 66.

6. Um fato hipotético deve ser considerado como um *dictum*.³⁰⁹

Conforme assinala Cross, o mérito do método de Goodhart está na consideração da relevância dos fatos pelo juiz, se comparado ao método de Wambaugh, cuja noção de *ratio decidendi* está na proposição jurídica que a corte considera necessária para a decisão.³¹⁰

Thomas Bustamante credita a infundável controvérsia a respeito da noção de *ratio decidendi* e dos critérios para determiná-la à teoria do positivista do direito, uma vez que esta sobrevaloriza a autoridade do juiz na formação do *case law*. Veja-se:

O conceito de *ratio decidendi* – pelo menos enquanto prevalecer a teoria positivista, segundo a qual o que torna o *case law* relevante é apenas a autoridade do juiz que tenha decidido a questão jurídica coberta pelo caso, sendo que essa autoridade ou é absoluta ou ‘não existe’ – parece ser um conceito fadado à indeterminação. A teoria positivista dos precedentes – que floresceu na Inglaterra no século XIX – toma como certo que os juízes têm um poder ilimitado de criação de normas jurídicas. Por isto há uma tendência a se buscar um conceito o mais estrito possível de *ratio decidendi* para o fim de limitar o poder normativo reconhecido ao Judiciário [...] (grifo no original).³¹¹

Esta posição controvertida representa um paradoxo em relação aos objetivos dos precedentes, quais sejam, a segurança jurídica e a coerência do sistema,³¹²

³⁰⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4^a. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 66.

³¹⁰ “This method of determining the *ratio decidendi* has the great merit of paying more regard to the facts as seen by the judge than is provided for by Wambaugh’s test, while it is less narrow and therefore more calculated to produce the proposition of law regarded by the judge as necessary for his decision than the suggestions to be derived from Lord Halsbury’s views in *Quinn v. Leathern*”. Em tradução livre: “Este método de determinação da *ratio decidendi* tem o grande mérito de dar maior relevância aos fatos, tais como eles são vistos pelo juiz, se comparado ao teste de Wambaugh, ao passo que seja, também menos limitado e, portanto, melhor calculado para produzir a proposição jurídica considerada pelo juiz, como necessária para sua decisão, do que as sugestões a serem obtidas a partir do ponto de vista do Lord Halsbury em *Quinn v. Leathern*”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. 4^a. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004, p. 63.

³¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2.012, p. 259, 260.

³¹² “There have been many different explanations which have sought to show how *rationes* are to be distinguished from other parts of a judgment. This proliferation of competing explanations is, in itself, a strange feature of traditional accounts of English legal reasoning. If precedent is about the search for certainty and consistency, and if the use of *rationes* is the way in which the present system of precedent provides a comparative degree of strictness, then it seems troubling that neither academics nor judges can provide any clear account of how *rationes* are to be found [...]. Indeed, the matter goes further. What we mean precisely by the term ‘*ratio decidendi*’ remains a matter of dispute”. Em tradução livre: “Há muitas explicações diferentes, que têm procurado mostrar como *rationes* devem ser distinguidas de outras partes de uma decisão. Esta proliferação de explicações concorrentes é, em si mesma, uma característica estranha à explicação tradicional do raciocínio jurídico inglês. Se o precedente se refere à busca de segurança e coerência, e se o uso de *rationes* é a maneira em que o atual sistema de precedentes fornece um grau comparativo da exatidão, então parece preocupante que nem acadêmicos, nem juízes possam fornecer qualquer explicação clara de como as *rationes* são encontradas. [...]. Com efeito, a matéria vai mais além. O que queremos dizer com precisão é que o termo ‘*ratio decidendi*’ continua a ser uma questão controvertida” (grifos acrescidos). COWNIE,

uma vez que a controvérsia é palco para a instalação da insegurança e da própria indefinição na aplicação dos precedentes.

A complexidade, a respeito da *ratio decidendi*, aumenta quando no julgamento de um recurso há votos que acompanham a decisão vencedora por fundamentos diversos implícitos ou explícitos.³¹³ Nesta situação, se questiona qual o critério para definir a *ratio decidendi*. Até o momento, não há uma resposta satisfatória para o problema. Há casos, também, em que não há na decisão uma *ratio decidendi* e há casos nos quais há várias *rationes decidendi*.³¹⁴

Para assegurar as garantias fundamentais na construção do processo democrático, acredita-se que as decisões devem considerar tanto os aspectos fáticos e jurídicos e que estes aspectos sejam continuada e dialeticamente discutidos nos processos *sub judice* e posteriores,³¹⁵ com a participação de todos os interessados, a fim de constituir precedentes também democráticos, de forma a evitar decisões e precedentes formados solitária e discricionariamente, por parte de um só ator.³¹⁶

Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. **English legal system in context**. 5ª. ed. New York: Oxford University Press, 2.007, p. 101.

³¹³ “Not all decisions, alas, are supported by clear and explicit rulings, though by the logic of formal justice there ought to be at least an implicit ruling in any justifying opinion; worse still, when there is more than one judge in a court, those who concur in the final result may adopt different lines in justifying the decision, so that their rulings whether explicit or implicit may be mutually incompatible wholly or in part”. Em tradução livre: “Nem todos os julgamentos, infelizmente, são sustentados por decisões claras e explícitas, embora pela lógica da justiça formal deve haver na decisão implícita, pelo menos, qualquer exposição justificativa; pior ainda, quando houver mais de um juiz em uma corte, aqueles que concorrem para o resultado final podem adotar diferentes linhas para justificá-lo, de modo que suas decisões explícitas ou implícitas podem ser incompatíveis entre si, no todo ou em parte”. MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 83.

³¹⁴ “That could be an objection to my suggestion – but only if we adhere to the dogma that each precedent must have a single clear *ratio decidendi*. My reply is that such a dogma is mere fiction, and indeed mischievous fiction; it can prompt a converse fallacy, when former believers, discovering that some cases have no single articulable *ratio*, leap to the conclusion that none can have one. The fallacy is self evident”. Em tradução livre: “Essa poderia ser uma objeção à minha sugestão - mas apenas se aderirmos ao dogma de que cada precedente deve ter uma única e clara *ratio decidendi*. A minha resposta é que tal dogma é mera ficção, e, de fato, uma ficção nociva; que pode suscitar uma falácia inversa, quando os que antes acreditavam, ao descobrirem que alguns casos não têm sequer uma única e articulável *ratio*, incorrem na conclusão de que nenhum caso possa ter uma. A falácia é evidente”. MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978, p. 83.

³¹⁵ Com aproximações: WHITTAKER, Simon. Precedent in english law: A view from the citadel. In: HONDIOUS, Ewoud (ed.). **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007, p. 41-42.

³¹⁶ “É preciso, todavia, adiantar que um pronunciamento jurisdicional pode ser considerado em três aspectos: a) preceitos jurídicos enunciados nele, restringindo-se o uso posterior à sua aplicação descontextualizada; b) aspectos fáticos, autorizando as similitudes e divergências encontradas entre um caso e outro; e c) fundamentação e argumentação expedidas, a fim de reutilizá-las e reconstituí-las no caso posterior. O adequado uso dos precedentes deve considerar necessariamente os três

Como se nota, esta infundável controvérsia teórica parece estar longe de um consenso sobre o que seja *ratio decidendi*, embora este componente seja essencial à aplicação dos precedentes. Não há como dissimular que a *ratio decidendi* se apresenta como um problema para a utilização dos precedentes no sistema jurídico brasileiro. Porém, é necessário enfrentá-lo e a fórmula de correção se dará pelo discurso participativo dos interessados na solução do caso concreto, em conformidade com o processo constitucional, garantindo o exercício dos direitos fundamentais.

Ainda que o estudo não se aprofunde no estudo dos componentes do precedente, seria imperdoável que não se fizesse menção ao *stare decisis*, em razão de sua essencial importância para o instituto do precedente e para o sistema do *common law*.

4.7. O princípio do *stare decisis* no novo Código de Processo Civil brasileiro

O *stare decisis* aparenta ser o elemento diferenciador do *common law* em relação a outros sistemas. De forma singela expressa, nos casos em que é aplicável, o vínculo obrigatório entre o passado e o presente e o respeito entre instâncias hierárquicas da jurisdição, em que regras jurisprudenciais proferidas pelo órgão julgador superior ou de igual hierarquia nos casos decididos no passado sejam observadas no julgamento das demandas atuais.³¹⁷

aspectos e outros elementos hermenêuticos, como será visto. Só assim é possível aferir a *ratio decidendi* em seu devido matiz dialético, apreendendo o jogo de perguntas e respostas do ciclo hermenêutico. De fato, a existência de todos esses elementos é que indica a importância dos precedentes no sistema jurídico, pois eles possuem o arcabouço hábil a determinar seu uso posterior, sendo justamente esta sua principal diferença para uma norma legislativa. Em se prestigiando um desses aspectos, em detrimento dos outros, há mera citação de precedente e não verdadeiro e adequado uso". LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.014, p. 100-101.

³¹⁷ "The doctrine of binding precedent, or *stare decisis*, lies at the heart of the English legal system. The doctrine refers to the fact that, within the hierarchical structure of the English courts, a decision of a higher court will be binding on a court lower than it in that hierarchy. In general terms, this means that when judges try cases, they will check to see if a similar situation has come before a court previously. If the precedent was set by a court of equal or higher status to the court deciding the new case, then the judge in the present case should follow the rule of law established in the earlier case. Where the precedent is from a lower court in the hierarchy, the judge in the new case may not follow, but will certainly consider, it". Em tradução livre: "A doutrina do precedente vinculante, ou *stare decisis*, se encontra no centro do sistema jurídico inglês. A doutrina se refere ao fato de que, dentro da estrutura hierárquica das cortes inglesas, uma decisão de uma corte superior será vinculativa para uma corte inferior na hierarquia. Em termos gerais, isto significa que os juizes, ao julgarem cases, verificam se uma similar situação ocorreu perante uma corte previamente. Se o precedente foi definido por uma corte de igual ou superior hierarquia em relação à corte que está decidindo o novo case, então o juiz no case presente deve seguir a regra de direito estabelecida no case anterior.

O *stare decisis*, apesar de ser amplamente designado como doutrina, teoria ou regra,³¹⁸ mais parece se assimilar a um princípio,³¹⁹ significando que as coisas decididas no passado devem permanecer, no presente, como estão.

Há dois elementos principais envolvidos no princípio do *stare decisis*. O primeiro se refere ao que foi decidido pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia mais elevada. O segundo elemento diz respeito ao próprio fundamento da decisão que, como regra, deve ser adotado, nos julgamentos dos casos atuais. O primeiro se relaciona com a competência do órgão e o segundo em relação à matéria ou ao mérito da decisão.

O princípio do *stare decisis* demonstra uma confiança e respeito ao passado, de modo que esta crença desenvolva um procedimento de sedimentação de determinadas posições jurídicas, que, em tese, apresentariam a vantagem da segurança e da uniformização do posicionamento jurídico em um determinado sentido.

O principal efeito do *stare decisis* é a obrigação dos juízes de motivar a decisão *sub judice* no fundamento do precedente paradigma.

Ressalta-se que somente após a primeira metade do século XIX ocorre, na Inglaterra e também nos Estados Unidos,³²⁰ a submissão ao princípio do *stare decisis*.³²¹ O princípio do *stare decisis* se forma e se consolida a partir de três *cases*

Quando o precedente é de uma corte inferior na hierarquia, o juiz do novo *case* poderá não segui-lo, mas irá certamente considerá-lo". SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 11^a. ed. New York: Routledge, 2.010, p. 112.

³¹⁸ "Que el '*stare decisis*' sea una norma jurídica general de origen consuetudinario, o un principio axiológico (los valores orden y seguridad parecerían ser manifiestos en el caso) o una mera técnica judicial, es algo muy discutido en la teoría jurídica norteamericana. Por cierto que todas estas doctrinas han sido sostenidas con buenas razones". CUETO RÚA, Julio César. **El Common Law – su estructura normativa, su enseñanza**. Buenos Aires: Editorial la Ley, 1.957, p. 121. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 65.

³¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 12.

³²⁰ SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho**. México, n. 21, p. 217-255, octubre 2.004. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 23, 24.

³²¹ "La obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad, sin embargo, no siempre ha experimentado el mismo grado; de hecho fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente (rule of precedent), que se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores. Antes de esa época prevaleció la preocupación de asegurar la cohesión de la jurisprudencia, y —con mayor frecuencia— se determinó que había que considerar lo que había sido resuelto, en la búsqueda de la solución de la controversia; tardó mucho tiempo en introducirse el principio que consiste en la obligatoriedad de aplicar las reglas de derecho

julgados pela *House of Lords*: *Beamisch v. Beamisch*, de 1.861, *Bradford v. Pickles*, de 1.865 e *London Tramways Company v. London County Council*, de 1.898.³²²

Como característica de todo e qualquer princípio jurídico, o *stare decisis* não é absoluto e não se aplica a toda e qualquer decisão.³²³ Há precedentes que não são obrigatórios e, neste caso, a sua força é meramente persuasiva, como exemplo, as decisões dos tribunais superiores no ordenamento brasileiro antes do surgimento das súmulas vinculantes.

Para se ter uma resumida ideia da aplicação do princípio do *stare decisis* no sistema do *common law* inglês, deve observar-se que a *Supreme Court* se encontra no topo da hierarquia judiciária e as suas decisões constituem precedentes vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais, exceto para a própria *Supreme Court*. Os recursos interpostos à *Supreme Court* são considerados de significativa relevância pública. As decisões da *Court of Appeal* são vinculantes para os tribunais inferiores (*High Court*, *Crown Court*, *County Court*, *Magistrates Courts*, *Tribunals*), exceto em matéria criminal julgada pela própria *Court of Appeal*. As decisões da *High Court of Justice* não são totalmente obrigatórias, mas impõem-se sobre os tribunais inferiores pelo alto grau de persuasão.³²⁴

A fundamentação da decisão no sistema do *common law*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, não se sustenta apenas pela indicação do precedente obrigatório, primeiro, porque o princípio do *stare decisis* não é absoluto, segundo, porque o ordenamento jurídico não se resume apenas aos precedentes, há os *statutes law*, as

que se contienen en los precedentes. La tendencia legalista del siglo XIX, que encuentra en Francia su equivalente en la Escuela de la Exégesis, condujo al derecho en Inglaterra a aplicar en forma más rigurosa la regla del precedente. La organización de una jerarquía judicial más sistemática por las Judicature Acts y el mejoramiento de la calidad de las compilaciones de jurisprudencia contribuyeron en forma importante en la consecución de este propósito” (grifos acrecidos). DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 265-266. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 65.

³²² “A *doctrine of binding precedent*, já declarada com todas as letras no caso *Beamisch v. Beamisch* [1.861], repetida no caso *Bradford v. Pickles* [1.865], vem definitivamente reconhecida, em 1.898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias anteriores decisões (efeito auto-vinculante), como, ainda, patenteou a eficácia externa desta às todas as cortes de grau inferior”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 161.

³²³ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 65.

³²⁴ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010, p. 266. Court structures of the common law world. **JustCite**. Disponível em: <www.justcite.com>. Acesso em: 13/08/2.014.

regras comunitárias da Comunidade europeia e no caso dos Estados Unidos, a Constituição. A participação da Inglaterra na Comunidade europeia exige a sua obediência ao direito comunitário, cujas normas estão expressas e prevalecem sobre o direito inglês.

De forma semelhante, como, também, ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, nos Estados Unidos, a Constituição escrita se encontra no ápice do ordenamento e as decisões devem observá-la, conjuntamente com as demais normas jurídicas do ordenamento,³²⁵ embora os precedentes exerçam destacada força gravitacional sobre as decisões, inclusive no que se refere aos temas constitucionais.³²⁶

Interessante estudo apresentado por Michele Taruffo diz respeito à vinculatividade dos precedentes. Em pesquisa sobre as funções das cortes supremas, o autor enumera três principais modelos, quais sejam: o angloamericano, o alemão e o franco-italiano. Neste estudo, ao comentar as funções das cortes supremas do *common law*, da Inglaterra e dos Estados Unidos, Taruffo assinala que o critério uniforme da interpretação da direito não é consequência do caráter vinculante do precedente, como frequentemente se sustenta. A influência que se obtém sobre as decisões sucessivas dos órgãos judiciais inferiores se assenta na eficácia persuasiva do precedente. Confira-se:

En otros términos, estas cortes [del common law] interpretan sus funciones no sólo en el sentido que se trata de obtener una solución jurídicamente correcta del caso singular, sino también – y sobre todo - en el sentido de proyectar tal solución sobre casos sucesivos, estableciendo criterios a los cuales los futuros jueces de casos iguales o análogos deberán atenerse. Bajo este perfil se evidencia la función que nosotros llamaremos de uniformidad de la jurisprudencia: de hecho, si ésta proyección hacia los casos futuros tiene éxito, la consecuencia es que habrá una jurisprudencia uniforme, fundada sobre la aplicación relativamente constante de los mismos criterios de decisión. Está claro que en esta prospectiva el corazón del sistema, es decir el instrumento fundamental del cual se sirven las cortes supremas del common law y que utilizan para desarrollar sus funciones, es el precedente judicial: es la eficacia de precedente de las sentencias de éstas cortes el factor que “expande” el ámbito de aplicación sucesiva de la solución que la corte ha dado a una cuestión de derecho, indicando tal solución como criterio tendencialmente uniforme de interpretación de la ley. No es inútil observar incidenter que esto no ocurre – contrariamente a lo que a menudo se sostiene - em razón de la eficacia vinculante del precedente en los sistemas inglés y norteamericano: el precedente no es formalmente vinculante ni siquiera en los sistemas del common law, por lo cual es oportuno hablar de eficacia o de “fuerza” persuasiva de este

³²⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 67.

³²⁶ TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1.991, p. 71-72.

precedente, en lugar de hablar de su carácter vinculante. De todos modos el precedente de la House of Lords (aún no siendo formalmente vinculante ni siquiera para la misma corte, al menos después del Practice Statment de 1996 (sic)), es dotado de una notable eficacia persuasiva, y por lo tanto, influye de hecho en modo determinante sobre las decisiones sucesivas; también los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que tampoco son formalmente vinculantes, están dotados de una relevante eficacia persuasiva e inciden de manera notable sobre las decisiones sucesivas de los órganos judiciales inferiores. Parece justo, por lo tanto, decir que éstas cortes son esencialmente corti del precedente, ya que su función principal consiste em “governare i precedenti” determinando cuáles son las normas, y según qué interpretación están destinadas a operar como reglas de juicio tendencialmente uniformes en el ámbito de la jurisprudencia sucesiva (grifos acrescidos).³²⁷

Mais uma vez, se apoiando em Michele Taruffo, é possível constatar que o precedente vinculante não é o avalista da uniformidade da jurisprudência, se é que algum dia o foi. O que se afigura em destaque, é a comodidade que o precedente vinculante oferece ao órgão jurisdicional para decidir a demanda. Para Taruffo,

La contraposición ley escrita y precedente ya no existe y, sobre todo, ya no sirve para dividir el mundo en dos, las cosas se volvieron más complejas. Otro aspecto que también se derrumba es la diferencia tradicional entre eficacia vinculante o de derecho y la vigencia o eficacia persuasiva o de facto del precedente judicial. Aquí también, tradicionalmente, tenemos una decisión, como dicen los americanos y los ingleses, que se basa en la eficacia del vínculo del precedente y, em cambio, otra con un uso decididamente persuasivo. Es una distinción que si alguna vez fue real, ya no lo es, ya no existen esos términos. Primero: el juez americano nunca se consideró verdaderamente vinculado al precedente, siempre dijeron que ellos utilizaban el precedente por comodidad, cuando consideraban que la decisión, la regla de decisión era la correcta. Si no les gustaba, no utilizaban el precedente e inventaban otro criterio de decisión. Siempre, además, lo han dicho así. Entonces, en el estilo americano, la utilización del precedente es la utilización económica de las fuentes. El juez se remonta al precedente, porque así hace menos esfuerzo para explicar por qué decidió así, pero también en el sistema inglés, que tradicionalmente se consideraba el más riguroso, el vínculo de derecho derivado del precedente se rompió. Fue en 1.966 cuando las cortes supremas inglesas anunciaron que de ahí en adelante ya no serían considerados los precedentes como vinculantes, entonces, se destruyó la base del sistema de los precedentes. Por otra parte, Jannin Engles juntó no menos de 20 ó 25 estrategias que los jueces ingleses utilizaron, para no verse vinculados por los precedentes. La desaplicación del precedente, que se há convertido en algo muy viejo, es un asunto diferente (grifos acrescidos).³²⁸

Assim, o que se verifica é que os precedentes vinculantes não são tão vinculantes como aparentemente se apresentam, pois a sua capacidade de vincular depende necessariamente da atuação do órgão julgador, uma vez que há sempre a

³²⁷ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. *In: La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2.008, p. 205-223.

³²⁸ TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2.003, p. 35-36.

possibilidade de o juiz afastar a aplicação do precedente, utilizando as infinitas interpretações que a linguagem lhe oferece, o que pode ser restringido no processo constitucionalizado, pela participação democrática das partes na sua construção e na sua aplicação.

O processo, como garantia das partes, não está na subordinação dos atores ao entendimento dos tribunais superiores, e sim na possibilidade de efetiva participação das partes no desenvolvimento do processo e da decisão, com a função de impedir a discricionariedade e a arbitrariedade do juiz, para que este, em qualquer instância, não decida de acordo com os seus pré-conceitos, suas preferências e sua formação social. Ressalta-se que o princípio do *stare decisis* foi adotado como norma costumeira permanente de fiscalidade do comportamento dos juízes na própria Inglaterra e nos países que adotaram o sistema do *common law*.³²⁹

No cenário brasileiro, a jurisprudência atravessa uma crise de identidade. Não se consolida e se apresenta fortemente oscilante, quando não raro, se desestabiliza em entendimentos simétricos ao que há pouco se decidiu. Há que se observar, que nem mesmo os órgãos jurisdicionais colegiados ou individuais respeitam as decisões que eles próprios proferiram.

Presencia-se, neste momento, uma jurisdição colaborativa de grave instabilidade da jurisprudência, implicando em uma crescente insegurança e desconfiança da sociedade no sistema jurídico brasileiro.

Argumentos surpresa, decisões “pseudo-colegiadas”, enunciados de súmulas utilizadas como se fossem regras universais (genéricas e abstratas), fundamentações desvinculadas do contraditório, decisões que se arrimam tão

³²⁹ “Como es bien sabido, la doctrina del precedente – que según el Chancellor Kent se remonta a ‘los primeros períodos de la historia inglesa’ – fue definitivamente establecida en Inglaterra hacia el siglo XVIII, correspondiendo a Blackstone el mérito de haber sido uno de los primeros autores en ocuparse de este principio en sus Commentaries (1.769), al observar que «es una regla establecida (*established rule*) la de atenerse a los precedentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio: para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se há convertido ahora en una permanent rule que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados; [...] él no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo”. SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho**. México, n. 21, p. 217-255, octubre 2.004.

somente em ementas, motivações que sequer convencem a quem as elaborou, em nada contribuem para evitar este cenário catastrófico.³³⁰

E como não se bastasse, associado a este panorama angustiante, constatam-se o ativismo judicial³³¹ e o subjetivismo dos órgãos julgadores.

Para reverter esta situação, há que se privilegiar a integridade do direito, o princípio da não surpresa, a participação no discurso, a construção de decisões bem fundamentadas em provas e no contraditório, ou seja, a fiel obediência ao devido processo constitucional democrático.

Evidentemente, a crescente judicialização das demandas muito contribui para a permanência desta indesejável situação, instaurando um infundável círculo vicioso. As causas últimas, em sentido macro, parecem estar na ineficiência do exercício da função governamental (executiva), incapaz de implementar e coordenar políticas públicas, capazes de reduzir os conflitos, bem como a presença de um fisiologismo parlamentar, muito preocupado na manutenção de interesses individuais, próprios e outros próximos.

É perceptível que apenas reformas legislativas são insuficientes para que ocorram melhorias no ambiente social, exigem-se mudanças no comportamento e na visão do mundo a incidirem sobre as pessoas que compõem a sociedade.

Retornando à seara processual, há que se entender, que o princípio do *stare decisis* não é propriedade apenas do sistema de precedentes do *common law*. Todo o sistema que objetiva e se preocupa em preservar as suas regras jurisprudenciais construídas no passado participa deste princípio. Considera-se, porém, que há uma

³³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. **Revista Conjur**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modos-tribunais-atuam>>. Acesso em: 25/01/2015.

³³¹ “[...]. E acabam inventando esquisitices como o ativismo judicial. Ouso dizer que andam na contramão da história, pois na verdade praticam um certo fundamentalismo trabalhista e judicial que não se coaduna com os princípios da liberdade e da democracia, em resumo, do Estado democrático de direito. [...]. Nada fácil conceituar esta novidade, que muitos dizem ser o novo *modus operandi* do juiz pós-moderno e progressista. Mas é fácil identificá-lo nos julgamentos à margem ou contrários à lei, contratos e outras regras de direito, [...]. Assim, os únicos resultados visíveis do ativismo judicial podem ser resumidos na insegurança jurídica com instabilidade nas relações trabalhistas, sociais e econômicas, e o aumento exponencial dos níveis de litigiosidade no Judiciário como um todo, e especialmente no trabalhista. Os primeiros têm sido, sabidamente, um dos fatos influentes no estado de letargia do país, que simplesmente não consegue crescer e desenvolver para o bem de todos, principalmente dos trabalhadores. E os segundos, que refletem e são reflexos dos primeiros, resultam apenas na hipertrofia da máquina da Justiça, com altíssimos custos sociais para um país tão carente de investimentos em educação saúde, moradia, infraestrutura etc. Não se iludam! O ativismo judicial, onde o juiz é a própria lei, é perigoso e contrário à democracia”. LARA, João Bosco Pinto. *Ativismo judicial: o que é, sem meias palavras*. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, Caderno Direito e Justiça, 21/03/2014, p.1.

gradação na intensidade da proteção destas regras jurisprudenciais, estabelecida sobre uma escala representada por um mínimo e um máximo de vinculatividade. Assim, ao classificar o *stare decisis* como princípio e não como regra, aplica-se a ele a relativização característica desta espécie normativa.³³²⁻³³³

Neste cenário, com toda a certeza, é possível afirmar que o sistema jurídico brasileiro, no atual momento, adota o princípio do *stare decisis*, embora, sem utilizar esta nomenclatura, em um nível tão ordinário, que não é susceptível de consideração. É certo e necessário que a situação caótica instalada na jurisprudência exige uma séria reavaliação.

Neste momento, é prematuro afirmar como ocorrerá a aplicação dos precedentes no contexto a ser instalado pelo novo Código de Processo Civil. Determinar a adequada intensidade da força da regra jurisprudencial dependerá de observações, estudos e da política a ser delineada pelos tribunais, a partir da vigência do novo estatuto processual. Entretanto, repita-se, a aplicação dos precedentes não se deve desvincular do processo constitucional, que no Estado brasileiro está subordinado aos princípios da democracia e da legalidade.

Apesar do entusiasmo de teóricos defendendo a aplicação dos precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro,³³⁴ há que se ter reservas sobre a questão, pois o novo Código de Processo Civil não foi tão enfático a tomar esta direção. Primeiro, porque na versão final do projeto do PL-8046/2.010, aprovado na Câmara

³³² "The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision". Em tradução livre: "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias particulares, mas diferem no caráter da direção que eles atuam. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estabelece são dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, no caso em que em nada contribui para a decisão". DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **University of Chicago law review**, Chicago, n. 35, p. 14-46, 1.967-1.968.

³³³ "Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance". Em tradução livre: "Princípios têm uma dimensão que as regras não têm - a dimensão de peso ou importância". DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **University of Chicago law review**, Chicago, n. 35, p. 14-46, 1.967-1.968.

³³⁴ Entre muitos: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2.010. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.015. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.014. NOGUEIRA, G. S. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.013. ATAÍDE JÚNIOR, J. R. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá. 2.012.

dos Deputados havia um capítulo específico sobre precedentes,³³⁵ que não se manteve na versão aprovada pelo Senado Federal. Os artigos que se referiam aos textos das normas sobre o precedente judicial foram deslocados para o LIVRO III – “DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS”, TÍTULO I – “DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS”, CAPÍTULO I – “DISPOSIÇÕES GERAIS”, sofrendo uma perda de identidade. Segundo, as formas verbais empregadas no projeto aprovado pela Câmara para a aplicação dos precedentes foram modificadas. Na versão do projeto aprovada na Câmara adotou-se a expressão “os juízes e tribunais seguirão”,³³⁶ o que denota uma noção de exigência, de obrigatoriedade. Na versão final do Senado Federal, que deu origem ao novo Código de Processo Civil, a expressão “os juízes e tribunais seguirão” foi substituída por “Os juízes e os tribunais observarão”,³³⁷ que deixa de ser categórica, imperativa, para conceder-se uma certa abertura interpretativa, uma vez que o verbo

³³⁵ “PARTE ESPECIAL - LIVRO I - DO PROCESSO DE CONHECIMENTO E DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - TÍTULO I - DO PROCEDIMENTO COMUM - CAPÍTULO XV - DO PRECEDENTE JUDICIAL” (grifos acrescidos). Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL nº 8.046, de 2.010.

³³⁶ “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: [...]” (grifos acrescidos). Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL nº 8.046, de 2.010.

³³⁷ “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” (grifos acrescidos).

“observar” não tem plena coincidência com o verbo “seguir”, permitindo o legislador que interpretações mais abertas sobre o texto fossem adotadas.³³⁸

Assim, nota-se que a questão não está pacificada e merece aguardar a atuação dos teóricos e dos tribunais no estudo e na aplicação do precedente, cujos atributos, sem nenhuma dúvida, podem contribuir para aumentar a estabilidade e a integridade de qualquer sistema jurídico moderno.

³³⁸ Não se considerou necessário, nos limites deste trabalho, abordar os debates legislativos que provocaram a alteração proposital do texto, a fim de conhecer as razões que levaram o legislador a optar por uma redação mais suave em relação à vinculação dos órgãos jurisdicionais aos precedentes.

5. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO E OS PRECEDENTES

5.1. Fundamentação da decisão

Ao observar o processo jurisdicional, a decisão é o aspecto que predomina,³³⁹ principalmente em função da racionalidade que expressa³⁴⁰ e dos efeitos que a mesma repercute na posição jurídica dos destinatários, causa suficiente e necessária para que seja construída democraticamente.³⁴¹

O Estado moderno que se desenvolve estruturado nas funções legislativa, governamental e jurisdicional deve ter a democracia como suporte dessas funções. Entretanto, não é incomum prevalecer, mesmo em países com sistemas jurídicos desenvolvidos, a discricionariedade e a vontade pessoal dos juízes e dos administradores.

Parece haver uma forte resistência e uma impermeável barreira na inserção da democracia na função jurisdicional, inclusive em Estados que se consideram democráticos.

Não se pretende, com esta crítica, a defesa do modelo liberal de processo, hipertrófico do princípio dispositivo, de um juiz inerte e passivo, dirigido pelos advogados das partes,³⁴² derivado de uma concepção irreal de auto-suficiência dos cidadãos, que supostamente dispensavam qualquer intervenção do Estado para a defesa de seus direitos e interesses.³⁴³

³³⁹ ANDREWS, Neil. **The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in england**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2.008, p.147.

³⁴⁰ "La motivación constituye el signo más importante y típico de la 'racionalización' de la función jurisdiccional". CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1.960, p. 115.

³⁴¹ "O Estado Democrático de Direito exige fundamentação detalhada de qualquer decisão. [...], o novo paradigma (neoconstitucionalismo principiológico) não proporcionou maior liberdade aos juízes. Princípios, ao superarem as regras, proporciona(ra)m a superação da subsunção. Princípios não "facilitam" atitudes decisionistas e/ou discricionárias. Trata-se, portanto, da superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e da certeza de si do pensamento pensante (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*). A superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se dêem em uma intersubjetividade. A maior liberdade na interpretação (atribuição de sentidos) em favor dos juízes acarretaria na afirmação da subjetividade assujeitadora, o que afastaria o mundo prático, introduzido pela fenomenologia hermenêutica (primeiro, pela filosofia hermenêutica e, logo depois, pela hermenêutica filosófica)" (grifos no original). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2.009, p. 188-189.

³⁴² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 62.

³⁴³ "Tais perspectivas conduziram, no modelo liberal, a uma sobrevalorização do princípio dispositivo, em face da suposição de uma cidadania paritária capaz de buscar os seus próprios interesses sem

No processo liberal, conforme esclarece Dierle Nunes, o juiz,

[...] apresentava-se como um estranho ao objeto litigioso, cumprindo a função de expectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraço às partes e às relações (especialmente contratuais e econômicas) que as envolviam.³⁴⁴

Recorrer, na atualidade, ao liberalismo processual,³⁴⁵ seria retroceder a ciência do direito processual há pelo menos cem anos, valorizando a esperteza da parte mais hábil,³⁴⁶ e tratando o processo como um jogo ou uma guerra, situação inaceitável sob o ponto de vista democrático.³⁴⁷

O que se procura defender não é a apologia à atrofiação das funções da magistratura, ou a defesa do processo das partes, mas a atuação do órgão, na condução do processo, em conformidade com o processo constitucional, evitando decisões solitárias ou de elevada densidade subjetiva, pois o núcleo do processo civil está na

comparticipação de todos os interessados nos procedimentos deliberativos de decisões, cidadãos que possuem de modo co-originário uma autonomia pública e privada assegurada e se assumem, concomitantemente, como autores e destinatários (responsáveis) nos espaços públicos, sem a necessidade de autoridades magnânimas e sensíveis que os aliviem de suas escolhas.³⁴⁸

Nesta mesma perspectiva, porque impossível, a realidade não permite a postura de um juiz “asséptico” do contexto social, isento, descolado de sua realidade, autômato, conforme assinala, ainda, Dierle Nunes:

O juiz democrático não pode ser omisso em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual no qual

qualquer auxílio estatal”. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 57.

³⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 77.

³⁴⁵ “Ainda na primeira metade do século passado, em todos os países europeus, os sistemas processuais civis consideravam o processo como ‘coisa das partes’ – *Sache der Parteien*. Isto significava não apenas com respeito ao caráter privado dos direitos subjetivos deduzidos em juízo, ou seja, do poder monopolístico das partes com respeito ao objeto do processo, [...], mas também algo mais. Em outras palavras, significava também domínio das partes privadas sobre o desenvolvimento do processo, sobre a técnica processual, sobre as regras, em resumo, que fixam os termos, as modalidades do processo. [...]. A lei permitia às partes prolongar um processo no tempo, quase a seu gosto; nenhum poder correspondia, a princípio, ao juiz, em intervir no objeto para abreviá-lo ou acelerá-lo. [...]. Toda espécie de poder judiciário, em resumo, era desconhecida ou pelo menos estava muito atenuada; o juiz devia permanecer totalmente alheio ao processo; o processo - repito - era ‘coisa das partes’, desenvolvia-se exclusivamente entre as partes; o juiz não apenas estava por cima como que fora da arena” (grifos acrescentados). CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Ed. Líder), 2.001, p. 38, 39.

³⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 77.

³⁴⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 77.

³⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 52.

todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório.³⁴⁹

Esta situação tem se configurado porque há um aprisionamento histórico de significado e de sentido na prática das ações humanas, nas quais também se inserem as tomadas de decisões, a se libertarem sob a orientação de novos paradigmas, com a finalidade de concretizarem as garantias fundamentais.³⁵⁰

Por outro lado, compactuar com o protagonismo judicial implica em aderir à certeza de que a decisão é tão só do juiz, com suas preferências, no sentido de que:

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações, possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.³⁵¹

Seria negligência afirmar que o protagonismo constitui a regra de atuação da jurisdição dos países ocidentais, pois, esta suposta assertiva demandaria estudos aprofundados do comportamento dos juízes em outros países, extrapolando os limites deste trabalho. Entretanto, parece não haver dúvidas que, no mundo ocidental, o órgão jurisdicional ocupa o eixo principal da jurisdição, situação comumente apresentada na maioria das obras jurídicas,³⁵² posição que desvaloriza o processo democrático.

Ainda que na atual quadra histórica prevaleça este *deficit* democrático, é possível revisitar teorias políticas e jurídicas, como a de Dworkin, para adequá-las ao processo constitucional democrático.

³⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 200.

³⁵⁰ “One can understand what actors respond to, and have responded to, with their decisions and reasons only if one recognizes their implicit image of society and only if one knows which structures, achievements, potentials, and dangers they ascribe to their own society at the time, in the light of their task of realizing the system of rights”. Em tradução livre: “Alguém pode entender o que os atores respondem e tem respondido, com suas decisões e razões somente se reconhecer as suas imagens implícitas da sociedade e somente se conhecer quais estruturas, conquistas, potenciais e perigos eles atribuem à sua sociedade no tempo, à luz de suas tarefas de realizar o sistema de direitos” (grifos no original). HABERMAS, Jürgen, **Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Transl. William Rehg. New Baskerville: MIT Press, 1.996, p. 389.

³⁵¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 191, 192.

³⁵² DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1.985, p. 159. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1.986, p. 243. “É um truísmo dizer que o Direito é tão bom quanto os juízes”. CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1.984-1.985**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.010, p. 101. MACCORMICK Neil. **Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2.005, p. 180. HART, H. L. A. **The concept of law**. 2ª ed. Oxford: Clarendon, 1.994, p. 12. RAWLS, John. **A theory of justice**. 6ª pr. rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2.003, p. 71.

Para atingir este desiderato, a democracia deve tornar-se a resultante vetorial da jurisdição e do processo, considerado este como procedimento em contraditório,³⁵³ garantia constitucional, construído com a efetiva participação dos interessados que serão os destinatários da decisão estatal.

A fundamentação da decisão, no Estado Democrático de Direito, constitui a garantia processual das partes,³⁵⁴ prevista no art. 93, IX da Constituição, com a função de proteção dos interessados em desfavor da arbitrariedade e da discricionariedade do órgão julgador, nas situações em que este tem a competência para proferir decisões.³⁵⁵ A decisão não pode ser “um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição”.³⁵⁶ O contraditório, a ampla defesa e a observância do ordenamento jurídico são condições indispensáveis para a formulação fundamentada da decisão. Associa-se a estas garantias a ampla argumentação e a existência de um terceiro imparcial para formarem uma base constitucionalmente adequada do processo.³⁵⁷

Interessante observar que a exigência da motivação das decisões sequer está presente nas Constituições Republicanas brasileiras anteriores à de 1.988, o que demonstra a impermeabilidade democrática na jurisdição. Há que se observar que a

³⁵³ “Se, poi, il procedimento è regolato in modo che vi possano partecipare – in una o più fasi – anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti (talché l’autore di esso debba tener conto della loro attività), e se tale partecipazione è congegnata in modo che i contrapposti «interessati» (quelli che aspirano alla emanazione del provvedimento e quelli che vogliono evitarla) siano sul piede di simmetrica parità; allora, come ripetuto, il procedimento comprende il «contradittorio», si fa quindi più articolato e complesso, e dal genus «procedimento» è consentito enucleare la specie «processo». Em tradução livre: “Se, então, o processo é regulado de modo que se possa participar - em uma ou mais fases - também aquele em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos (de tal forma que o autor dele deva ter em conta suas atividades) e, se tal participação é construída de modo que o «interessado» contraposto (aquele que aspira a emanação do provimento e aquele que quer evitá-la) esteja em pé de paridade simétrica; então, como repetido, o procedimento inclui o «contraditório» e faz-se mais articulado e complexo, e do gênero procedimento é permitido evidenciar a espécie «processo». FAZZALARI Elio. **Istituzione di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1.975, p. 28-29.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.012, p. 665.

³⁵⁵ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 35.

³⁵⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2.008.

³⁵⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2.008.

Constituição imperial de 1.824 fazia constar a necessidade de motivação da decisão em sede penal.³⁵⁸

No Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões é uma justificação do exercício do poder,³⁵⁹ que se realiza através da função jurisdicional do Estado, conforme esclarece Ronaldo Brêtas, em trecho digno de nota:

No Estado Democrático de Direito, essa justificação tem de ser feita dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o agente público julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico em vigor e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabelecem discussão.³⁶⁰

A fundamentação da decisão exige uma relação necessária e lógica com o objeto do contraditório, pois o que neste se discutiu e provou deve ser a base da decisão.³⁶¹ Neste sentido, adverte André Cordeiro Leal:

Ao juiz não seria dado reconhecer a existência de um fato que não foi objeto da prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença.³⁶²

³⁵⁸ Constituição de 1.824, art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]. VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as. [...]. XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito”. (grifos acrescidos) BRASIL. **Constituição de 1.824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20/09/2.014.

³⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.012, p. 666.

³⁶⁰ BRÊTAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 134.

³⁶¹ “O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexos entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.012, p. 666, 667.

³⁶² LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2.002, p. 107.

Ainda se percebe uma tensão teórica no que diz respeito ao conteúdo do contraditório, ora compreendido como garantia fundamental a contribuir para a construção da decisão, ora “tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência”,³⁶³ demonstrando, nesta última concepção, uma restrição forçada das partes na construção do processo democrático.³⁶⁴ Circunscrever o direito ao contraditório ao “dizer” e ao “contradizer” condiciona as partes a uma participação insuficiente para o desenvolvimento do processo democrático. De nada vale “dizer” ou “contradizer” se o exercício deste direito não é contributo influente na argumentação do órgão julgador para estruturar a decisão. Apenas o “dizer” e o “contradizer” não são suficientes para o processo democrático, porque o seu tratamento isolado e estanque compromete a elaboração da noção atualizada do contraditório.

Para assegurar o policentrismo processual, o contraditório deve impor-se como garantia de influência e de “não surpresa” no desenvolvimento do processo.³⁶⁵

O avanço da ciência do processo, ao representar o objeto imediato do contraditório como garantia constitucional democrática na construção da decisão,³⁶⁶ não se limitando apenas ao “dizer e contradizer”,³⁶⁷ implica afirmar que o seu objeto

³⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 225.

³⁶⁴ “Aqui, muitos querem compreender o contraditório como direito de ‘influência’ na construção da decisão judicial, o que poderia representar uma mudança de compreensão do próprio princípio pela doutrina brasileira. Nessa mesma doutrina, entretanto, ainda se apresentam vários autores, que seguindo Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ainda reduzem a participação em contraditório a mero direito à bilateralidade de audiência – às vezes a algo pior, que seria a antiquada leitura da ‘paridade de armas’, como faz Daniel Amorim Assumpção Neves – ou a um mero direito de dizer e contradizer. E, com isso, opera-se uma teorização que é insuficiente quanto confrontada, por exemplo, com a proposta trazida por Elio Fazzalari: contraditório como direito de participação em igualdade na preparação do provimento” (grifos no original). CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; QUINAUD PEDRON, F. B. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In: Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2.010, p.119-149.

³⁶⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008, p. 227, 229.

³⁶⁶ “Como já se defende há muito o contraditório representa um direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões, trazendo um dever ao juiz de levar em consideração os argumentos das partes (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), atribuindo ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*)”. NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário. **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em 07/11/2.014.

³⁶⁷ “O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade

mediato³⁶⁸ se torna *input* obrigatório na parcela da fundamentação da decisão a ser complementada pelo órgão julgador. A fundamentação da decisão não é de natureza atômica, ao contrário, reveste de caráter vetorial, cuja resultante se compõe da somatória dos vetores probatórios e argumentativos que as partes e o órgão julgador depositam no procedimento em contraditório. A fundamentação da decisão é produto que exige a obediência a um *script* delimitado, insuspeito, preciso e previsível, sob pena de se tornar, ao fim do processo, uma álea para as partes e uma certeza para o órgão julgador que conhece previamente o resultado, que ele isoladamente construiu.

O processo não se faz pleno para solucionar os conflitos de forma democrática se a decisão judicial, ato final do procedimento,³⁶⁹ não se norteia pelo atributo democrático constitucional da exigência da motivação da decisão,³⁷⁰ em conformidade com o objeto do contraditório.

Há que se ressaltar, que a fundamentação da decisão tem estreito vínculo com os precedentes judiciais, uma vez que a utilização destes na decisão exige a demonstração da relação de convergência entre o precedente e o caso *sub judice*. É em relação à fundamentação e aos fatos que se verificará esta relação. E se a fundamentação é democrática, não há como o precedente não o ser.

de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo". GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 38.

³⁶⁸ "A situação de direito substancial comparece nos atos do processo, mas não como pressuposto desses atos e sim como objeto de alegações e provas, como conteúdo do contraditório". GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 158.

³⁶⁹ "O provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido das atividades preparatórias que ela estabelece. Mas o provimento pode ser visto como ato final do procedimento não apenas porque este se esgota na preparação de seu advento. Pode ser concebido como parte do procedimento, como seu ato final, como o último ato de sua estrutura. É na possibilidade de se enuclearem os provimentos, em conjunto, segundo essa ótica, pela qual eles são o próprio ato final do procedimento, que FAZZALARI encontra a perspectiva própria para o estudo do processo". GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1.992, p. 112.

³⁷⁰ "A exigência de fundamentação das sentenças, hoje consagrada em texto constitucional, justifica-se por várias razões. Uma delas, decorre da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei. Regime democrático participativo". BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

5.2. Síntese histórica da fundamentação das decisões

No decorrer da história, nem sempre se exigiu a fundamentação da decisão e, ainda hoje, há ordenamentos nos quais a exigência da motivação não é expressa.³⁷¹ Parece que sua origem se encontra no direito canônico, embora haja controvérsia sobre esta afirmação.³⁷²

Anteriormente à existência do Estado, a sociedade, em seus diversos segmentos, produzia as suas normas e o juiz, eventualmente, quando provocado, fixava livremente a decisão a ser aplicada.³⁷³

Neste contexto medieval, o juiz, ante a ausência de uma única “fonte” do direito estatal normativa, se encontrava relativamente livre para escolher a norma a ser aplicada, que poderia advir dos costumes, da posição dos juristas, da equidade, ou do livre convencimento, situação na qual seria possível distinguir claramente o direito positivo, prefixado pela sociedade em regras preexistentes, do direito natural, proveniente da razão e da equidade.³⁷⁴

Nas monarquias absolutistas, quando cabia ao monarca o julgamento do conflito, a fundamentação da decisão se mostrava incompatível com a posição do soberano, uma vez que o assim declarado representante do poder divino não incorria em erro e sequer suas decisões poderiam ser discutidas.

³⁷¹ “Importa, aliás, registrar a ponderável tendência que se manifesta, mesmo onde não existe regra constitucional expressa, a procurar na sistemática da Lei Maior um suporte para o preceito da motivação obrigatória. Assim é que, na República Federal da Alemanha, doutrina autorizada enxerga na obrigatoriedade da fundamentação reflexo direto de princípios constitucionais, notadamente da garantia do *rechtliches Gehör* (direito de ser ouvido em juízo) e da subordinação do juiz à lei, consagrada aquela no art. 103, 1.ª alínea, esta no art. 20, 3.ª alínea, da *Grundgesetz*. Consideração à parte merecem os ordenamentos de *common law*. Não se depara neles norma escrita de alcance genérico que obrigue os órgãos judiciais a motivar os seus pronunciamentos. Todavia, ao menos no que concerne ao direito inglês, seria errôneo interpretar o fato como sinal de que a idéia é estranha à concepção dominante. Muito ao contrário, os estudiosos da matéria assinalam que a motivação constitui procedimento constante, incorporado à tradição, principalmente nas Cortes Superiores”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões jurisdicionais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. In: **Temas de direito processual: segunda série**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.988, p. 84, 85.

³⁷² “Há divergências entre os historiadores do direito quanto à sua necessidade no direito romano, e o instituto era naturalmente estranho aos julgamentos baseados na ordálias ou *juízos de Deus* do direito bárbaro germânico da alta idade média. Foi após a abolição das ordálias pelo Concílio de Latrão, em 1.215, que passaram a surgir alusões aos motivos das decisões no direito canônico, muito embora a prática se limitasse a breves referências à constatação de fatos, à ouvida de testemunhas ou à confissão de uma parte, além de não ser recomendada pela doutrina por ‘dificultar a aplicação da justiça’” (grifos no original). RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 35.

³⁷³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 27.

³⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 28.

A partir do momento, em que se afasta o poder divino do soberano e os julgamentos passam a ser conduzidos por juízes escolhidos pela comunidade ou designados pelo soberano, no exercício da delegação do seu poder,³⁷⁵ afasta-se o mito de um julgador infalível, com a necessária consequência de promover a fundamentação da decisão a afetar os direitos das partes.

Antes da formação do Estado moderno, os juízes resolviam os conflitos com a discricionariedade que lhes era permitida, podendo escolher entre o direito positivo (costume) e o direito natural (equidade).³⁷⁶

No final do século XVIII, as concepções de direito natural e de direito positivo tomam outra dimensão, na qual se conhece a natureza do direito pelo modo em que este se apresenta à consciência humana, sendo o direito natural representado pelo conjunto de normas que se faz conhecer apenas pela razão do indivíduo, sob a influência da moral. O direito positivo é também conhecido pela razão, mas a sua formação se faz por meio da declaração da vontade do legislador.³⁷⁷

Com o surgimento do Estado moderno, o juiz passa a exercer a função estatal da jurisdição, cargo vinculado ao órgão do Estado, subordinando-se, no sistema do *civil law*, às normas emanadas pelo legislativo, para a solução dos conflitos, prevalecendo o direito positivo sobre o direito natural, sendo considerado aquele como o único e verdadeiro direito.³⁷⁸

O positivismo jurídico conduziu à prevalência do parlamento, limitando a atuação dos juízes do *civil law* à observância da “lei”. Assim, a fundamentação decisória passa a ser avaliada sob os limites especificados pela “lei”.³⁷⁹

A obrigação legal de fundamentar a decisão, com a exposição, pelo juiz, das razões que a embasaram, se inicia, na Europa, a partir da metade do século XVIII,³⁸⁰ com o objetivo de atender à publicidade.

³⁷⁵ “O absolutismo permite que a figura central – o Rei, o déspota – em nome do seu poder indiferenciado, decida questões, dê sentenças, ou nomeie juízes especiais para resolvê-las”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a emenda nº 1 de 1.969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.987, tomo I, p. 277.

³⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 28.

³⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 21-22.

³⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 28-29.

³⁷⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 38.

³⁸⁰ Em França, a Lei de organização judiciária de 1.790, Constituição do ano III. Na Prússia, *Allgemeine Gerichtsordnung* de 1.793. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões

Esta tendência continuou a prevalecer no século XIX, alcançando diversas legislações ou códigos de processo, como por exemplo, em França,³⁸¹ na Itália,³⁸² na Espanha,³⁸³ mantendo-se esta mesma perspectiva no mundo ocidental do século XX.³⁸⁴

Em razão de sua importância e do alcance de seus efeitos, a motivação das decisões elevou-se ao âmbito das garantias fundamentais e passou a compor os textos constitucionais,³⁸⁵ o que se confirma nas Constituições da Itália,³⁸⁶ Portugal,³⁸⁷ Bélgica, Colômbia, Grécia, México,³⁸⁸ Espanha,³⁸⁹ e, também na brasileira de 1.988.

judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 83.

³⁸¹ Code de procédure civile de 1.810, art. 141. “La rédaction des jugemens contiendra les noms des juges, du procureur impérial, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les - noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugemens”. Em tradução livre: “A elaboração de decisões judiciais conterà os nomes dos juizes, do procurador imperial, se ele foi ouvido, bem como dos advogados; - nomes, profissões e endereços das partes, suas conclusões, a exposição resumo dos pontos de fato e de direito, os motivos e o dispositivo das decisões judiciais”. FRANÇA. **Code de procédure civile, suivi du tarif des frais et depens**. Édition originale ete seule officielle. Paris: De L'imprimerie Impériale, 1.810, p. 51.

³⁸² Codice di procedura civile de 1.865, art. 436: “La sentenza deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parte, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo. [...]”. Em tradução livre: “A sentença deve conter o nome e sobrenome, domicílio ou residência da parte, as perguntas e as exceções, os motivos, o dispositivo. [...]”. ITÁLIA. **Codice di procedura civile del regno d'Italia**. Milano: Stamperia Reale, 1.865, p. 130.

³⁸³ Ley de enjuiciamiento civil de 1.871, art. 372, §3º: “También en párrafos separados, que principiarán con la palabra «considerando», se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso. Si en la sustanciación del juicio se hubieren cometido defectos u omisiones que merezcan corrección, se apreciarán en el último «considerando» exponiendo, en su caso, la doctrina que conduzca a la recta inteligencia y aplicación de esta Ley”. ESPANHA. **Ley de enjuiciamiento civil de 1.871**. Gaceta de Madrid, Madrid nº 38, p. 353-356, 7 feb. 1.881. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1881/036/R00326-00518.pdf>>. Acesso em: 25/08/2.014.

³⁸⁴ Código de processo civil italiano de 1.940, o português de 1.967, o belga de 1.967, o argentino de 1.970, o francês de 1.975. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 83.

³⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 84.

³⁸⁶ Constituição da República da Itália de 1.948, art. 111: “[...]Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. [...]”. Em tradução livre: “[...] Todo provimento jurisdicional deve ser motivado. [...]”. ITÁLIA. **Costituzione della repubblica italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 25/08/2.014.

³⁸⁷ Constituição da República Portuguesa, artigo 205º, 1: “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. PORTUGAL. **Constituição da república portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art205>>. Acesso em: 25/08/2.014.

A fundamentação é uma garantia das partes, pois expressa a posição parcial ou imparcial do julgador, juntamente com a conformidade ou desconformidade da decisão com o ordenamento jurídico,³⁹⁰ como também permite verificar se o juiz avaliou corretamente as questões suscitadas durante o processo.³⁹¹

Enquanto no *civil law* a fundamentação da decisão é, em regra, dever constitucional ou legal explícito, endereçado aos juízes, no sistema do *common law*, especialmente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, não há norma escrita genérica que obrigue os juízes a fundamentarem a decisão.³⁹² E a razão para isto não seria o desprezo à necessidade da motivação, mas, fundamentalmente, a tradição,³⁹³ ressaltando-se que a lógica do precedente parece condicionar a sua sobrevivência à motivação, ao se posicionar como um dos seus requisitos.

O juiz do *common law*, ao decidir e fundamentar um caso, necessariamente, pesquisa os fatos e a fundamentação dos precedentes. Assim, a ausência destes elementos na motivação reduziria a força do precedente e a sua influência no sistema, provocando, com o passar do tempo, o seu desaparecimento.³⁹⁴

Ressalta-se que, na Inglaterra, a obrigação de motivar é exigência legal para os tribunais administrativos e especiais, o que demonstra a preocupação do atual

³⁸⁸ Constituição mexicana, art. 16: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. MÉXICO. **Constitución política de los estados unidos mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 25/08/2.014.

³⁸⁹ Constituição da Espanha de 1.978, art. 120.3: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. ESPANHA. **Constitución española**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Lists/constPDF/Constitución%20Espa%C3%B1ola%20-%20Texto%20consolidado.pdf>>. Acesso em: 25/08/2.014.

³⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões jurisdicionais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.988, p. 87.

³⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões jurisdicionais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.988, p. 88.

³⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 84.

³⁹³ “Desde esta perspectiva, se podría decir que un principio de obligatoriedad de la motivación ya está incorporado en la práctica, y si no se enuncia expresamente en una norma es porque no parece necesaria la existencia de normas que lo establezcan”. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 329.

³⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 84.

legislador inglês em controlar as decisões e possibilitar a sua impugnação.³⁹⁵ Esta tendência parece avançar em relação à jurisdição ordinária do *common law*, reduzindo o peso da tradição, para possibilitar um maior controle das decisões,³⁹⁶ em favor dos seus destinatários e do controle da atividade jurisdicional.

A inexistência de norma, que obrigue o juiz a fundamentar, impede que a parte sucumbente se oponha à insuficiência ou vício da decisão, exatamente, pela ausência de sua obrigatoriedade,³⁹⁷ subtraindo-lhe o meio legítimo para impugnar a decisão que lhe desfavoreça.

Michele Taruffo (1.943-) informa que na Inglaterra há resistência na adoção de regra explícita para tornar obrigatória a motivação da decisão, o que pode ser constatado pela jurisprudência, conforme assinala o autor:

Por un lado, no faltan opiniones orientadas a configurar la motivación como uno de los requisitos fundamentales para un *fair trial*, o sea como garantía contra decisiones arbitrarias o no fundadas en las pruebas y en las defensas aportadas en el juicio, y como garantía de la posibilidad de impugnación. En sentido contrario, sobre todo por parte de la jurisprudencia, se suele excluir que la obligatoriedad de la motivación constituya un principio de *natural justice*, y consecuentemente se excluye la conformación de un derecho de las partes a obtener una sentencia motivada, salvo en los

³⁹⁵ “La afirmación inherente a la ausencia de una obligación expresa de motivar las sentencias es cierta en el área de la jurisdicción civil y penal, pero no describe la situación de las diferentes formas de jurisdicción especial y administrativa que se multiplicaron en Inglaterra en las últimas décadas. Debemos recordar, de hecho, que los Tribunals and Inquiries Act de 1.958 impone a los tribunales especiales que expongan, a petición de parte, los motivos de la decisión, la obligación de motivación también se impone a otros órganos especiales mediante leyes relativamente recientes. Normas como ésta dan testimonio de la preocupación del legislador inglés por el carácter garantista del problema de la motivación: por un lado, al tratarse de órganos especiales de nueva creación, se había considerado que no se les debía extender automáticamente el prestigio tradicional y la autoridad característica de los jueces ordinarios; por el otro, la motivación resultó indispensable tanto para abrirle la puerta a las impugnaciones, como para permitir un control sobre las decisiones mediante el judicial review”. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 329.

³⁹⁶ “Por otra parte, esa misma percepción en torno al problema hace que sea más difícil explicar la ausencia de una intervención legislativa análoga en el plano de la legislación ordinaria; tanto así que la explicación usual, relacionada con la confianza del ciudadano inglés en sus jueces, podría parecer, en la sociedad actual, poco menos que una mistificación voluntariosa” (grifos acrescidos). TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 329,330.

³⁹⁷ “Además, y este es un aspecto muy grave del problema, cada vez es más evidente que la práctica de la motivación espontánea, por más que sea constante y generalizada en concreto, no permite satisfacer siquiera la exigencia procesal de fondo a la que se orienta la motivación, que consiste en fungir como trámite de la impugnación. Es cierto que se ha puesto en evidencia que dicha práctica, con frecuencia, termina por conculcar o por hacer muy difícil o aleatoria, la posibilidad para las partes de impugnar la sentencia, de tal forma que la ausencia de una obligación expresa y general de motivación ha sido señalada como um grave defecto del ordenamiento procesal inglés, y se ha subrayado la necesidad de una norma general que prescriba dicha obligación” (grifos acrescidos). TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 329, 330.

casos particulares en los que la motivación está prescrita por normas especiales.³⁹⁸

Desta forma, tanto no sistema do *civil law*, como do *common law*, há uma tendência a demonstrar que a motivação das decisões deve revestir-se de caráter obrigatório, a fim de suprir os requisitos democráticos de controle dos atos jurisdicionais, bem como mecanismo para os interessados conhecerem as razões pelas quais o julgador decidiu.

5.3. Exigência democrática da fundamentação da decisão

A fundamentação das decisões extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, para atender a garantia constitucional do processo democrático,³⁹⁹ a fim de evitar a discricionariedade e a arbitrariedade.

A decisão não pode ser forjada por pura convicção do julgador ou com fundamento em seus sentimentos. A decisão judicial no Estado Democrático de Direito é fruto da construção participada, de forma a não causar surpresa às partes, situação que ocorre quando o órgão julgador fundamenta a decisão em normas ou em precedentes que não foram discutidos no procedimento realizado em contraditório.

Taruffo assevera que as normas que impõem a fundamentação da decisão são destinadas ao órgão julgador, porque constitui um princípio jurídico-político fundamental para o Estado de Direito, de configuração constitucional.⁴⁰⁰

Há quem sustente que a fundamentação da decisão seja forma de controle da sociedade sobre o órgão julgador,⁴⁰¹ uma vez que os juízes exercem função estatal, outorgada pelo povo, ressaltando-se que no Estado Democrático de Direito todo poder dele emana, conforme dispõe, *v.g.*, a Constituição da República em seu art. 1º, parágrafo único.

³⁹⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 330.

³⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.005, p. 292.

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 354.

⁴⁰¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 40-41.

Para corroborar este entendimento, figura-se necessário apresentar a assertiva de Pontes de Miranda (1.892-1.979), na qual afirma que a titularidade do exercício do poder jurisdicional é também exercido em nome do povo:

O exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juízes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo.⁴⁰²

Não se pode negar que há casos, e não são raros, nos quais prevalece um interesse próprio e pessoal, ainda que de forma inconsciente, daqueles que exercem as funções estatais, representando um comportamento corrompido da necessária obediência aos princípios do Estado Democrático, constatada por uma visão míope sobre o exercício do poder, que desconsidera ou desconhece a titularidade do poder no Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, o juiz não é “senhor” do processo e o Estado não é “senhor” do povo. Inexiste a relação senhorio-servo e não há espaço para o arbítrio no exercício da função estatal jurisdicional.⁴⁰³

O uso do precedente no sistema jurídico do *civil law*, desconsiderando a sua leitura democrática, não irá corrigir esta anomalia, pois a textura interpretativa do precedente, considerando a possibilidade da interpretação analógica entre os fatos do caso *sub judice* e do precedente, pode contribuir para alargar a discricionariedade do julgador, sendo mais um meio de inserir seu solitário entendimento. A correção desta perversa conduta deve dar-se pela possibilidade de participação efetiva das partes, como vetor aplicado na direção e sentido da democracia.

Não há como duvidar que nos Estados aderentes ao sistema político democrático, como é o caso do Brasil, em conformidade com a Constituição da República de 1.988, toda decisão jurisdicional deve ter como substrato o exercício da democracia.

⁴⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.946**. São Paulo: Max Limonad, 1.953, tomo v, p. 307.

⁴⁰³ “No Estado Democrático de Direito, em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o ‘senhor’ do processo. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas decisões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhecê-las. A fundamentação das decisões judiciais é, pois, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade” (grifos no original). NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 132.

Todos os atos jurídicos a serem praticados neste Estado, e neste sentido incluem-se todas as decisões estatais, devem observar o fundamento democrático,⁴⁰⁴ que exige a participação dos interessados nos atos que lhes dizem respeito. Nesta perspectiva, não se pode aceitar que órgãos do Estado, utilizando os precedentes, atuem de forma discricionária, omissa ou parcial, trazendo prejuízos à sociedade e àqueles que são os maiores interessados.

Depositar confiança na autoridade, permitindo-lhe manifestar-se discricionariamente é conceder-lhe um mandato ilegítimo, além de instigar o decisor a abusar do poder que detém, correndo o sério risco de a discricionariedade transformar-se em arbitrariedade.

Há casos nos quais o órgão julgador sequer fundamenta a decisão, e esta situação não é típica apenas no sistema brasileiro.⁴⁰⁵ O órgão julgador, simplesmente, afirma que tal norma incide sobre determinado fato, não esclarecendo os argumentos que dão suporte à sua afirmação. Em outros casos, o decisor nada menciona a respeito das insuficiências das razões do sucumbente,⁴⁰⁶ inculcando

⁴⁰⁴ “Esto se debe a que el concepto filosófico de democracia, que se concreta en numerosas formas contemporáneas de organización política, se apoya fundamentalmente en la publicidad y justificación racional de todos los actos que se ejecutan en el ejercicio del poder”. BARRAGÁN, Julia. La decisión judicial y la información. **Revista de teoría y filosofía del derecho**, México, n. 1, p. 99-109, 1.994.

⁴⁰⁵ Na Inglaterra: “En sentido contrario, sobre todo por parte de la jurisprudencia, se suele excluir que la obligatoriedad de la motivación constituya un principio de natural justice, y consecuentemente se excluye la conformación de un derecho de las partes a obtener una sentencia motivada, salvo en los casos particulares en los que la motivación está prescrita por normas especiales”. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 330. Nos Estados Unidos: “De hecho, no consta, que la doctrina estadounidense haya configurado la motivación como requisito del *natural justice of the fair trial*, a pesar de la amplia y conocidísima elaboración llevada a cabo en función de la *due process clause*. No faltan algunas tomas de posición en el sentido de la oportunidad de la motivación como una garantía de la decisión y a través del control (especialmente de las partes) sobre la actuación del juez, pero esas posturas no llegan a configurar la motivación como requisito necesario en el nivel general y, sobre todo, no proyectan la oportunidad de una verdadera y real obligación al respecto. Consideraciones análogas valen para la jurisprudencia que, por lo que consta, nunca ha planteado la necesidad de la *reasoned decision*”. TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006, p. 332.

⁴⁰⁶ “12. A primeira consequência desta transformação paradigmática será a revisão dos critérios hoje utilizados por nossos magistrados para fundamentar suas sentenças. Neste campo, é possível constatar algumas impropriedades sérias. Supõe o sistema que aos magistrados baste fundamentar o julgado, dizendo que assim o fazem por haver incidido tal ou qual norma legal. Sabendo, porém, que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em algum momento, ele existiu – pode transformar-se com o tempo, a conclusão será de que, quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido à sentença. Escolhendo ‘livremente’ o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão. [...]. A segunda consequência impõe 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

neste uma sensação de impotência, em virtude de desconhecer os motivos que levaram à sua derrota.

A fundamentação da decisão é o ponto relevante para o controle das partes sobre a decisão proferida pelo órgão julgador, a fim de se verificar se as provas e os argumentos apresentados durante o processo foram considerados, avaliados ou negligenciados.⁴⁰⁷

No direito brasileiro, o requisito da fundamentação da decisão compunha o ordenamento jurídico na vigência das Ordenações Filipinas, no período compreendido entre 1.603 a 1.916, conforme previsto no Livro III, Título LXVI, 7, a seguir reproduzido:

E para as partes saberem se lhes convém appellar ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças deffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso de appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou revogar (grifos acrescentados).⁴⁰⁸

Lopes da Costa (1.885-1.966) alertava, há mais de meio século, para a importância da motivação da decisão. Criticava a hipótese, ainda hoje tão comumente usada, que considera suficiente o conteúdo da fundamentação restrito apenas à confirmação e reprodução da motivação prestada por instâncias inferiores.⁴⁰⁹

impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente. A fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos." BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴⁰⁷ "[...] mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. Ora, é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui 'o mais válido ponto de referência' para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa [direito que têm as partes de serem ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado]". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual: segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.988, p. 88.

⁴⁰⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-rey d. Philippe I**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1.870, p. 669.

⁴⁰⁹ "Não é motivação, mas desta simples aparência, dizer o tribunal que confirma a decisão de primeira instância 'por ser conforme ao direito e à prova dos autos'. É um círculo vicioso, um *idem per idem*. É implícito que a confirmação de uma sentença declara-a certa e justa, de acôrdo com a lei e com a prova. Então não carecia o tribunal vir dizê-lo. O que é necessário é externar porque ela não

Na mesma direção, é frequente, na prática forense, a construção de decisões a partir de determinada versão probatória de preferência do juiz, ou por uma interpretação peculiar do texto normativo,⁴¹⁰ como se lícito fosse desprezar as demais versões ou interpretações apresentadas, sem qualquer justificativa do julgador. A motivação da decisão não se resume, tão somente, à escolha de determinada interpretação. É dever do juiz apresentar as razões pelas quais não escolheu as demais versões ou interpretações. É isto que se espera de um processo democrático.⁴¹¹

O Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento equivocado, quando afirma que o juiz pode decidir escolhendo apenas os motivos que o convenceu,⁴¹²

está errada, aplicando mal o direito, e não é injusta, mal apreciando a prova. Mostrar que a decisão é conforme ao direito e aos fatos não é proclamar dogmaticamente que ela não viola a lei, nem se afasta da prova. Dizer que um ato é justo não é o mesmo que expor as razões que levaram a tal afirmação. A afirmação é um juízo; a motivação, uma demonstração. [...]. O juiz não é legislador. A autoridade de suas decisões assenta na autoridade da lei. É pois necessário que êle demonstre a conformidade entre uma e outra" (grifos acrescidos). LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, **Direito processual civil brasileiro**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense. 1.948, vol. III, p. 26-27.

⁴¹⁰ Humberto Ávila destaca a diferenciação entre texto e norma, esclarecendo que: "*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre normas e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte" (grifo no original). ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2.014, p. 50.

⁴¹¹ "14. É mais freqüente do que se imagina depararmos com decisões judiciais, cuja fundamentação preocupa-se em mostrar a preferência do juiz por uma das versões probatórias, ou por uma das incontáveis possibilidades de interpretação jurídica da norma, sem que ele, no entanto, examine criticamente as versões que a infirmem, para mostrar as razões pelas quais as desmerecera" (grifos acrescidos). BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴¹² Apenas para confirmar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no AREsp 525.644/RJ. Rel. Min. Humberto Martins. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julg.: 12/08/2.014. Publ.: DJe 19/08/2.014**: "É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas alegações das partes, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivos suficientes para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entende aplicável ao caso. [...]. Em suma, nos termos de jurisprudência do STJ, o magistrado não é obrigado a responder todas alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado ater-se aos fundamentos por elas indicados, com o que ocorreu no caso em apreço"; **Resp 1.119.453/SP. Rel. Min. Laurita Vaz. Órgão Julgador: 5ª Turma. Julg.: 07/02/2.012. Publ. DJe 19/09/2.012**: "Não houve o alegado malferimento ao art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal, tampouco o cerceamento de defesa por suposta omissão da Corte Regional na análise dos argumentos defensivos. Ao contrário do sustentado pelos Recorrentes, o acórdão recorrido examinou detidamente e decidiu as controvérsias relevantes trazidas aos autos. Com é sabido, não está o Julgador obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se às razões por elas expostas, tampouco a refutar um a um todos seus argumentos, quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, repelindo, como consectário lógico, as teses defensivas, com ocorrera na espécie"; **AgRg no Ag 1.233.517/SP. Rel. Min. Arnaldo**

incentivando os juízes das instâncias inferiores a seguirem esta antidemocrática orientação. Como se nota, se este entendimento permanecer, o precedente em nada acrescentará ao processo constitucional, servindo apenas para justificar a posição que mais agrada ao órgão julgador.

Este perverso comportamento se configura como um simulacro da garantia constitucional da motivação das decisões e na prática cria sérias dificuldades para a parte sucumbente defender-se.

A exigência da fundamentação da decisão, embora alçada a nível constitucional na Carta de 1.988, não produziu, até o momento, os resultados democráticos que se dela se esperavam e, em muitos casos, inclusive, como anteriormente afirmado, com o aval dos tribunais superiores.

Para corrigir a frequente e contínua ofensa à garantia constitucional, consubstanciada pela inexistência e insuficiência de fundamentação nas decisões proferidas pelo Estado, questão há muito abordada pela Escola Mineira de Processo, tornou-se necessário que o novo Código de Processo Civil, em dispositivo específico, dedicasse-lhe tratamento especial.

Assim, em conformidade com o processo constitucional, o novo Código de Processo Civil apresenta o artigo 486,⁴¹³ elaborado a partir de técnica legislativa de

Esteves Lima. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 17/02/2.011. Publ.: DJe 24/02/2.011: “De início, ressalta-se que ‘Não está o Julgador obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se às razões por elas expostas, tampouco a refutar um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão’ (EDcl no RMS 18.110/AL, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/5/06), e que ‘Não configura omissão o simples fato de o julgador não se manifestar sobre todos os argumentos levantados pela parte, uma vez que está obrigado apenas a resolver a questão que lhe foi submetida com base no seu livre convencimento (art. 131, CPC)’ (EDcl nos EDcl no REsp 637.836/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 2/5/06)”; **AgRg no REsp 1.087.407/RJ. Rel.: Min. Benedito Gonçalves. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 04/03/2.010. Publ.: 12/03/2.010:** “Inicialmente, destaca-se que não se verificam as alegadas violações aos artigos 165, 458 e 535 do CPC, pois, como se percebe, o Tribunal de origem aplicou, de forma clara, coerente e fundamentada, o direito que entendeu incidir à espécie. Isso, porque, embora tenha citado o laudo do perito, o Tribunal de origem entendeu que o parecer do *parquet* trata da matéria de forma juridicamente mais precisa, por isso que o elegeu como razão de decidir. Nesse contexto, é bom frisar a recorrente que, diante do princípio da persuasão racional (ou livre convencimento motivado), o magistrado aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo tão somente que indicar os motivos que formaram o convencimento (art. 131 do CPC)” (grifos acrescidos). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20/10/2.014.

⁴¹³ “Art. 486. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar

elevado grau de determinação interpretativa, com o objetivo de dar cumprimento à previsão constitucional. Não há como negar o avanço do novo Código neste aspecto, uma vez que vincula a validade da decisão a critérios objetivos, disponibilizando às partes, meios para repudiar, mediante interposição de recursos, decisões mal fundamentadas.

O novo Código de Processo Civil apresenta coerência com os princípios democráticos e, de início, define, como norma fundamental do processo civil, a exigência de fundamentação das decisões, especificamente em seus artigos 10, 11 e 12.

Entretanto, o artigo 11 do novo Código de Processo Civil,⁴¹⁴ se isoladamente interpretado, não impressiona àqueles que se posicionam a favor do processo constitucional democrático, pois, na atual interpretação majoritária dos tribunais superiores,

[...], bastar-se-ia que o magistrado colocasse na decisão o seu entendimento de forma solipsista, pois é o seu querer, como ato de autoridade – e não um possível consenso sobre a correção – que faria suficiente a exigência constitucional.⁴¹⁵⁻⁴¹⁶

motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

⁴¹⁴ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

⁴¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; QUINAUD PEDRON, F. B. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In: Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2.010, p.119-149.

⁴¹⁶ **AI 791.292 QO-RG. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julg.: 23/06/2.010. Órgão Julgador: Plenário. Publ.: 13/08/2.010**, voto do relator: “Antiga é a jurisprudência desta Corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. Nesse sentido há reiterados julgados do Tribunal Pleno, entre os quais o MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 5/9/2.008; e o RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2.006. [...]. O acórdão recorrido está de acordo com essa orientação, uma vez que foram explicitadas razões suficientes para o convencimento do julgador, que

Ocorre que a inserção dos parágrafos 1º, 2º e 3º no artigo 486,⁴¹⁷ do novo Código de Processo Civil, surge para, democraticamente, densificar o conteúdo do princípio constitucional da fundamentação das decisões, de forma a aperfeiçoar o processo constitucional, pois, passa a exigir do órgão julgador a observância de critérios objetivos, com a finalidade de evitar decisões não fundamentadas, ou deficientemente motivadas.

Apesar de os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 486 encontrarem-se mal posicionados na estrutura do novo Código de Processo Civil,⁴¹⁸ por se tratarem de normas fundamentais aplicáveis a todas as decisões e não apenas à sentença, isto não implica em reduzir a sua importância. Entretanto, permite sugerir-se que, tecnicamente, mais adequado seria posicioná-los como parágrafos do art. 11,⁴¹⁹ Capítulo I - “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”, o que denotaria uma irradiante incidência destes dispositivos sobre todas as decisões, uma vez que o *caput* do art. 11, cujo enunciado tem caráter principiológico, se refere exatamente à fundamentação de toda e qualquer decisão, determinando, inclusive, a sanção aplicável.

Na perspectiva do novo Código de Processo Civil, é imperativo que o órgão julgador fundamente toda e qualquer decisão, considerando conjuntamente os

endossou os fundamentos do despacho de inadmissibilidade do recurso de revista, integrando-os ao julgamento do agravo instrumento. Desse modo, reputo inexistente a alegada falta de fundamentação”. **RE 769254 RG/SP. Rel.: Min. Teori Zavascki. Julg.: 12/06/2.014. Publ.: 01/08/2.014 DJe-148 Divulg.: 31-07-2.014, voto do relator: “2. No que toca à alegação de ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal, relativa à suposta negativa de prestação jurisdicional, deve ser observado entendimento assentado por esta Corte, do qual não divergiu o acórdão recorrido, no julgamento do AI 791.292 QO - RG (Min. Rel. GILMAR MENDES, DJe de 13/8/2.010), cuja repercussão geral foi reconhecida, para reafirmar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que: (...) o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.**

⁴¹⁷ Supra colacionado.

⁴¹⁸ O dispositivo se situa no “CAPÍTULO XII - DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

⁴¹⁹ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

artigos 11 e 486, parágrafos 1º, 2º e 3º, em total conformidade com o objeto do contraditório.

A corroborar a necessária densificação do princípio da fundamentação das decisões, a exigência de motivação se encontra presente em diversas normas do novo Código de Processo Civil, v.g., art. 173, § 2º; art. 367, § único; art. 370, § 1º; art. 423; art. 470, § 1º; art. 476; art. 486, II, § 1º, I, II, III, IV, V, VI, § 2º; art. 917, § 2º; art. 924, § 2º; art. 925, § 1º; art. 977, § único; art. 1.018, § 3º, § 4º; art. 1.023, § 2º; art. 1.026, § 2º; art. 1.040, § 5º.

Importa salientar que há, no novo Código de Processo Civil, normas que procuram homenagear a celeridade em desfavor da técnica e da ciência processual. Há dispositivos nos quais se constata a possibilidade do exercício da jurisdição com o afastamento das garantias processuais e do próprio processo, influenciando negativamente a construção da decisão, como se verifica nos artigos 330 e 930.⁴²⁰ A

⁴²⁰ “Art. 330. 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. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 239. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em cinco dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu; se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de quinze dias”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

“Art. 930. Incumbe ao relator: I – dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes; II – apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV – negar provimento a recurso que for contrário a a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII – determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII – exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em:

ausência de processo prevista no novo Código de Processo Civil não se justifica, seja adotando a ultrapassada teoria do processo como relação jurídica, em suas variações tópicas dos sujeitos processuais, como a linear de Kohler, a triangular de Wach ou a angular de Planck e Hellwig,⁴²¹ seja abraçando a teoria do processo como procedimento em contraditório, de Fazzalari, considerada a mais adequada e pertinente para a construção desta dissertação.

Além disso, o artigo 9º do novo Código de Processo Civil determina que não haverá decisão sem que as partes sejam ouvidas.⁴²² Entretanto, de início, o próprio dispositivo apresenta exceções, afastando a sua aplicação às tutelas de urgência e de evidência, postergando a formação do processo, independentemente da teoria processual que se queira adotar. Mas, há situações mais graves, nas quais a sentença de mérito se forma antes mesmo da citação do réu, isto é, mesmo na inexistência do processo. Estas situações estão presentes nos arts. 330 e 930 do novo Código de Processo Civil, situações as quais se mostram desconformes ao processo constitucional, para o qual se exige a convergência paralela das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do juízo natural na formação da decisão, conformadas em suficientes e necessários suportes argumentativos.⁴²³

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

⁴²¹ Assinala-se que nesta disposição tópica se percebe uma tensão entre o processo privatista e estatalista. Veja-se: “Em 1.885 Adolf Wach publicou seu tratado (a que modestamente chamou de Manual: *Handbuch des deutschen Zivilprozessrecht*). Três anos depois apareceu a monografia de Josef Kohler: O processo como relação jurídica (*Der Prozess als Rechtsverhältniss*). Para o primeiro, a relação entre o juiz e as partes é de Direito Público, enquanto os vínculos entre autor e réu são de Direito Privado. O processo é uma relação triangular. Para Kohler, o vínculo é apenas entre autor e réu e somente de Direito Privado. Logo surgiram os tratados de J. W. Planck (v. 1 em 1.887 e v. 2 em 1.896) e de Hellwig (v. 1 em 1.903; v. 2 em 1.907 e v. 3 em 1.909). Para eles, a intervenção do Estado, que proíbe a justiça pelas próprias mãos, separa os litigantes e avoca o poder de julgar, extingue os vínculos diretos das partes entre si e cria uma relação angular, na qual o juiz (Estado) ocupa o vértice e cada uma das partes está no extremo dos segmentos laterais”. TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.987, p. 16-28.

⁴²² “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”. BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

⁴²³ Continuam válidas e atualizadas as pertinentes críticas de Marcelo Andrade Cattoni e Flávio Quinaud Pedron em relação à concepção autoritária do órgão julgador, confira-se: “Nessa mesma lógica, os artigos 317 [renumerado no substitutivo do Senado Federal para 330, com modificações] e 853 [renumerado no substitutivo do Senado Federal para 930] dão aos magistrados – o primeiro voltado para o juiz de primeira instância, o segundo para relator nos processos perante os tribunais – poderes para excluir não apenas o réu, mas todos os demais sujeitos do processo, sempre que existir pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior sumulado ou em decisões sobre o incidente de demandas repetitivas. Ao que parece, aqui, está-se atribuindo um peso

Estas normas são inconstitucionais, porque: a) não permitem a participação do réu ou do recorrido em procedimento que se refere à demanda na qual é parte, b) obstam o exercício do contraditório e, c) em determinadas situações concretas impedem a atribuição ou reconhecimento do direito ao réu, uma vez que este somente será intimado do trânsito em julgado da sentença que julgou, liminarmente, a improcedência do pedido. Tem-se, assim, um exemplo do prejuízo das garantias fundamentais em favor da celeridade processual.

Considerando a relevância das garantias constitucionais do processo: o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões, observa-se que estas garantias se referem a um conjunto indissociável de proteção,⁴²⁴ conduzindo a um resultado ineficaz se estas garantias não forem respeitadas em bloco.⁴²⁵ É por esta razão que o modelo constitucionalizado de processo se funda, conforme afirma Flaviane de Magalhães Barros,

[...] em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo, o princípio do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial.⁴²⁶

Não se pode dizer da existência do processo constitucional democrático, quando, mesmo que haja respeito ao contraditório e à ampla defesa, ocorra ofensa

argumentativo supostamente auto evidente a tais decisões, como se elas fossem, por si só, precedentes, cuja mera referência impossibilitasse, de per si, qualquer contra-argumentação quanto à sua aplicabilidade ou extensão ao caso específico sub judice” (grifos acrescidos). CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; QUINAUD PEDRON, F. B. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In: Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2.010, p.119-149.

⁴²⁴ “Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão”. BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2.008.

⁴²⁵ “É compreensível: – o direito ao contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e produzir alegações e provas, perante o tribunal, mas compreende, antes de mais nada, o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴²⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 331-345, 2009.

ao princípio da fundamentação da decisão.⁴²⁷ As partes têm, conforme afirma Ovídio Baptista,

[...], o direito de ver as alegações e provas produzidas também pelo sucumbente examinadas e, além disso, rejeitadas com argumentos racionalmente convincentes. É, afinal, o “direito a uma resposta”, resultante da análise integral da prova e que atenda a um padrão de razoabilidade aceitável.⁴²⁸

Decisões não fundamentadas ou fundamentadas insuficientemente, ainda que fundada em precedentes, demonstram que o órgão decisor não exerceu corretamente a função que lhe é outorgada pelo Estado, comportamento omissivo que demonstra tendências arbitrárias pela reserva de uma manifestação que não lhe é permitida.⁴²⁹

Ainda, há a exigência de a fundamentação apresentar-se em linguagem clara, compreensível para os seus reais destinatários. A jurisdição está a serviço do povo e da sociedade e a linguagem utilizada pelo órgão julgador deve ser compreensível para aqueles que indiretamente representa. Discursos excessivamente técnicos, herméticos, eruditos, não cumprem os desígnios do Estado Democrático, se se apresentarem incompatíveis com o nível intelectual da sociedade em que se manifestam.⁴³⁰ A jurisdição não é uma função desconectada da composição do Estado.

⁴²⁷ “De nada valeria a Constituição assegurar o contraditório se o julgador se limitasse a dizer que o sucumbente participou do processo, que fez alegações e produziu provas sobre cujo mérito (demérito), porém, ele nada disse; ou pior, fingindo que o fez, tergiversa sobre a versão que infirma seu convencimento”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴²⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴²⁹ “Sentenças insuficientemente motivadas ocultam uma parcela de poder arbitrário. Esta conduta exige que superemos a lógica binária do ‘certo’ e do ‘errado’ que, em questões relativas à formação da sentença, expressa-se na suposição de que ou o juiz deve basear o julgamento num juízo de ‘certeza’ ou, ao contrário, cairá irremediavelmente na ‘arbitrariedade’”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴³⁰ “Finalmente, a terceira e última conseqüência será a exigência de que a fundamentação não seja apenas técnica, vazada em linguagem inteiramente incompreensível para os leigos. Esta é uma condição imposta pela democracia, que se sustenta no pressuposto de que o Poder Judiciário não seja um poder hermético, a semelhança das organizações judiciárias primitivas, quando a revelação do direito era um misterioso segredo de sacerdotes”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

Uma das principais funções da motivação é o convencimento das partes e de seus procuradores e este objetivo é, somente, alcançado a partir da decisão suficientemente motivada, em linguagem acessível a todos os interessados.⁴³¹

A decisão não fundamentada ou mal fundamentada provoca no sucumbente um sentimento de irrisignação, de inconformismo, que conduz, em muitos casos, à interposição de recursos,⁴³² sobrecarregando o sistema jurídico,⁴³³ sobretudo o ineficiente sistema brasileiro.

Os precedentes, se corretamente utilizados na fundamentação, considerando as argumentações sobre as semelhanças ou dissimelhanças fáticas e de direito, a exigirem interpretações com maior densidade de conteúdo, terão maiores chances de convencerem as partes a não interpor recursos, contribuindo para a redução do número de processos nos tribunais.

Também, não se pode silenciar que a fundamentação de boa qualidade beneficia as partes e o próprio órgão julgador *ad quem* na apreciação do recurso,

⁴³¹ “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais de uma alternativa legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha ‘uma’ vontade constante), impõe a exigência de fundamentação adequada e coerente, que possa ‘convencer’ não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores. Das sentenças insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: ‘fui vencido, mas não convencido’, que é o sentimento hoje comum em nossa experiência judiciária. Para superar esse componente arbitrário, é indispensável que os magistrados fundamentem adequadamente os atos jurisdicionais, explicitando os motivos reais que o levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa e conforme ao direito. A fundamentação terá de superar o tecnicismo no qual todo dogmático procura refúgio”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴³² “Ao contrário, o tipo de fundamentação utilizado em nossa experiência judiciária, concorre, com certeza, para o aumento do número de recursos. Esta é uma verdade óbvia, sobre a qual, no entanto, pouco se diz e praticamente nada se escreve. Ao contrário, tem-se buscado remédio para o assombroso aumento do número de recursos estabelecendo punição às partes, sob o pressuposto de abuso no direito de recorrer. Trata-se de remédio apenas sintomático. Eliminam-se, ou procuram-se eliminar, os sintomas. A causa do aumento de recursos não é sequer objeto de cogitação. O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvincentes, sentenças carentes de fundamentação. Além disso, o número de recursos abusivos ou protelatórios é bem menor do que se imagina. O que existe em grande número são recursos, tais como as sentenças, também mal fundamentados. Contra sentenças insuficientemente fundamentadas, opõem-se recursos carentes de fundamentação adequada”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

⁴³³ “Aunque pueda parecer lo contrario, no es exagerado afirmar que la calidad y los resultados de un sistema experto aplicado al derecho dependen de una manera directa de la respuesta que se dé a la pregunta acerca de qué es lo que puede ser considerado una argumentación aceptable en el campo de las decisiones judiciales”. BARRAGÁN, Julia. La decisión judicial y la información. **Revista de teoría y filosofía del derecho**, México, n. 1, p. 99-109, 1.994.

uma vez que permite aos interessados e aos órgãos superiores avaliarem os caminhos e entendimentos adotados pelo juízo *a quo*.⁴³⁴

Entretanto, se verifica na prática a criação de regras perfunctórias pelos tribunais, tais como as chamadas “listas de julgamento” ou “julgamento por atacado” e a prática da “pseudo-colegialidade”, com o objetivo de reduzir o volume de recursos ou acelerar indevidamente o julgamento destes, políticas insatisfatórias que apenas aliviam, momentaneamente, um sistema em estado crônico de ineficiência.⁴³⁵

Não há como negar a crise que atravessa a função jurisdicional, calcada em dimensões técnica e política, como certificou Ovídio Baptista:

Ninguém ignora que nosso sistema recursal, além de outros defeitos, mostra-se submisso aos pressupostos do racionalismo, compreendendo o direito apenas como "norma", distante dos "fatos", que é a premissa de todos os normativismos modernos. O que nem todos têm presente é que estamos convivendo com um momento crucial do que se convencionou chamar crise do Poder Judiciário, no capítulo dos recursos, causada por decisões, sentenças e acórdãos despidos de fundamentação, ou ostentando fundamentação precária ou insuficiente. É compreensível que assim o seja, tendo em conta a elevada e sempre crescente litigiosidade que caracteriza a cultura do capitalismo competitivo e individualista. Entretanto, é correto dizer que o número de recursos aumenta na proporção em que aumenta o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é verdadeiro: quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar. [...]. Não se ignora as adversidades a que se acha submetido o Poder Judiciário, ante o aumento extraordinário de litigiosidade, conjugado com as notórias carências materiais e humanas que a instituição, especialmente a partir do momento em que o Brasil tornou-se uma "sociedade de mercado", vem enfrentando. Mesmo assim, a exigência de fundamentação adequada das sentenças, além de atender a uma imposição constitucional, contribuiria para a redução do número de recursos, especialmente dos recursos extraordinários (grifos acrescidos).⁴³⁶

Em perspectiva diversa, o precedente não deve ser universalizado como norma genérica e abstrata, pois, em sua concretude, representa um mecanismo adequado para a análise conjunta dos fatos e das normas, a fim de contribuir para a fundamentação da decisão, ressaltando-se a necessidade urgente de se criarem

⁴³⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 37.

⁴³⁵ NUNES, Dierle José Coelho. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. **Revista Conjur**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modos-tribunais-atuam>>. Acesso em: 25/01/2.015. LEAL, Saul Tourinho. Julgamentos em listas, com advogado silenciado, mostra que fracassamos. **Revista Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3573268/julgamentos-em-listas-com-advogado-silenciado-mostra-que-fracassamos>>. Acesso em: 25/01/2014.

⁴³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323-352, 2.006.

mecanismos eficientes para o tratamento democrático e contínuo da crescente litigiosidade individual.

A solução do problema, contudo, não se concentra apenas em iniciativas a serem tomadas pelos tribunais superiores e demais órgãos julgadores. Os advogados e os teóricos do direito têm o dever de contribuir para a melhoria do sistema, alterando o seu comportamento, muitas vezes apático, na recepção das políticas implantadas e na condução das demandas, em total subserviência aos entendimentos dos tribunais superiores. Aliás, este comportamento havia se tornado um costume judicial, como observou Carlos Maximiliano (1.873-1.960), no início do século passado:

Quando a lei é nova, ainda os seus aplicadores atendem à teoria, compulsam tratados, apelam para o Direito Comparado; desde, porém, que aparecem decisões a propósito da norma recente, volta a maioria ao trabalho semelhante à consulta a dicionários. [...]. Desprezam-se os trabalhos diretos sobre os textos; prefere-se a palavra dos profetas às tábuas da lei.⁴³⁷

Não há dúvida, portanto, que a fundamentação da decisão deve ser consistente, construída em conformidade com os princípios constitucionais, auxiliando as partes e o órgão julgador na interpretação dos fatos e das normas jurídicas e jamais se afastando do contraditório e da ampla defesa.

5.4. O silogismo na fundamentação da decisão

Já se pensou, e ainda se pensa, que a decisão de um conflito pela jurisdição poderia configurar-se em um ou vários silogismos,⁴³⁸⁻⁴³⁹ no qual a norma jurídica, e

⁴³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003, p. 148, 149.

⁴³⁸ “La sentencia debe ser motivada. Em todos los códigos procesales modernos, civiles y penales, la motivación se establece como uno de los requisitos esenciales de la sentencia, y para aquellos que pretenden ver en el fallo solamente su aspecto lógico, la motivación es la enunciación de las premisas del silogismo, que concluye en los puntos resolutivos” (grifos acrecidos). CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1.960, p. 115-116.

⁴³⁹ “A sentença teria que fazer um silogismo calcado em elementos e provas convincentes para demonstrar, apesar de não ser integrante dos grupos de controladores da instituição, de não ter poder decisório com relação a investimentos, aplicações e a essas manobras financeiras, que são muito sofisticadas nesse mercado especializado, apesar de ele não ter essa qualificação, que ele, de fato, fez. Nesse caso ele seria responsável” (grifos acrecidos). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20/10/2.014. **REsp 946.653/RJ. Rel.: Min. Laurita Vaz. Órgão Julgador: 5ª Turma. Julg.: 02/06/2.011. Publ. DJe 23/04/2.012**. Voto vencido do Min. Napoleão Nunes Maia Filho. “Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo *ad quem* de tal

como tal, no *common law*, a regra jurisprudencial do precedente, seria a premissa maior, o conflito a premissa menor e a decisão a conclusão.⁴⁴⁰

Esse entendimento, incentivado em França, pela Escola da Exegese,⁴⁴¹ também denominada Escola dos intérpretes, adotou o dogma da onipotência do legislador, que restringe a solução jurídica a ser dada ao caso concreto à própria “lei”, “visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso”,⁴⁴²⁻⁴⁴³ o que implica

eficácia. A solução é esta e vem de longe: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa” (grifos acrescidos). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20/10/2.014. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.012, p. 105-106. “Apesar do inteligente fundamento desenvolvido no acórdão, entendo inaplicável o art. 557/CPC para, mediante decisão singular do relator, impedir a apreciação dos embargos declaratórios pelo Colegiado, porque este recurso, quando cabível, visa ao aprimoramento do julgado através de decisão integrativa, suprimindo omissão, corrigindo contradição ou esclarecendo obscuridade. Porém, excepcionalmente, poderá ser emprestado efeito modificativo aos embargos declaratórios, quando o conserto da omissão ou da contradição implique em alterar o silogismo lógico da decisão, que não é a hipótese em espécie” (grifos acrescidos). **REsp 268.313/PR. Rel.: Min. Francisco Peçanha Martins. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julg.: 03/12/2.002. Publ.: DJ 10/03/2.003**. “Ora, não há como vislumbrar qualquer contradição, nem intrínseca, nem extrinsecamente: primeiro, porque os embargantes, desconhecendo princípios elementares da argumentação dedutiva, fazem análise superficial e abreviada de premissas, que teriam sido enunciadas no acórdão, sem estabelecer a ligação os outros termos e à conclusão do silogismo; e segundo, porque trazem à baila entendimento colhido de outro precedente jurisprudencial, que não se presta, obviamente, para comprovar contradição no contexto do julgado. Em resumo, não comprovou a ocorrência de pontos contraditórios do aresto embargado” (grifos acrescidos). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20/10/2.014. **EDcl no REsp 261.542/SC. Rel.: Min. Garcia Vieira. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 13/03/2.001. Publ.: DJ 11/06/2.001 p. 113**. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20/10/2.014.

⁴⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 36.

⁴⁴¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 36-37.

⁴⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 74.

⁴⁴³ A Escola da Exegese hipervaloriza o direito positivo e seus fundamentos podem assim ser resumidos: a) a codificação é para os operadores do direito a fórmula mais simples e rápida para resolver uma questão jurídica, dispensando pesquisas aos costumes, à doutrina e à jurisprudência; b) a prevalência da vontade do legislador, expressa no Código, de forma segura e completa, o torna autoridade legítima para criar o direito, em contraposição à vedação da livre criação do direito pelos juízes; c) a justificação da separação das funções estatais, fundamento ideológico estrutural do Estado Moderno, a serem exercidas por estruturas estatais distintas, limitando a função judiciária ao julgamento dos conflitos e impedindo-lhe de criar o direito; d) a segurança jurídica, com a previsão antecipada na “lei” e dos efeitos dos comportamentos abstratamente normativados. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996, p. 78-82.

na aceitação de outro dogma, qual seja, o da completude do ordenamento jurídico.⁴⁴⁴ À Escola de Exegese correspondeu, na Inglaterra, a *Analytical School* de Austin, a preconizar o mecanicismo da função judicial.⁴⁴⁵

Entretanto, parece incorreto caracterizar a decisão jurisdicional como se silogismo fosse, conforme assinala Aroldo Plínio,

[...], porque não havia como se estabelecer as premissas para a inferência da conclusão, já que não seria possível se estabelecer previamente a distribuição dos termos dos juízos (grifo acrescido).⁴⁴⁶

Ao aceitar a decisão como silogismo, seria necessário afirmar que as premissas existiriam *a priori* e seriam verdadeiras, o que não ocorre, quando se instaura o processo. Indo além, o silogismo em nada contribui, quando as premissas são construídas pelos próprios atores, em um procedimento realizado em contraditório.

Em segundo lugar, conforme adverte Teresa Wambier, a complexidade da decisão supera em muito a simplicidade do silogismo,⁴⁴⁷ uma vez que o contexto fático-normativo relacionado ao caso reveste-se de uma série de situações jurídicas não reduzíveis ao silogismo, tal como assevera Julia Barragán:

La construcción de una decisión es siempre un proceso complejo, en el que combinan la evaluación de diversas alternativas de acción (condenar/absolver, admitir/rechazar) con la evaluación de las situaciones del entorno que generalmente asumen también un carácter complejo. En el caso particular de las decisiones judiciales el entorno contiene tanto los elementos normativos (bajo todas sus formas), como los elementos fácticos

⁴⁴⁴ A controvérsia entre os redatores e os intérpretes do Código Civil francês de 1.804, em relação ao dogma da onipotência do legislador se revela a partir da interpretação do artigo 4º do Código que dispõe sobre o princípio do *non liquet*. O artigo 4º dispõe que: “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. Em tradução livre: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça”. BONAPARTE, Napoléon. **Code civil des français. Édition originale et seule officielle**. Paris: Imprimerie de la République, 1.804.

⁴⁴⁵ “John Austin, ao criticar o casuísmo do *common law*, recomendou a adoção de processos lógico-analíticos na interpretação e aplicação do direito costumeiro e do direito derivado das decisões da Corte da Chancelaria. A ciência do direito deveria estudar apenas a legislação vigente, isto é, o direito positivo emanado do soberano, sem se ater ao aspecto ético, segundo esquemas lógicos-formais”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito**. 21ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2.010, p. 55, 56.

⁴⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 37-38.

⁴⁴⁷ “Temos usado a expressão *solução normativa* em vez de *decisum*, como aplicação da lei aos fatos da causa, para nos referirmos à parte decisória da sentença, porque nos parece mais adequada à visão do direito (que é nossa) que afasta que a sentença seja, pura e simplesmente, a aplicação da lei ao caso concreto. Trata-se de um fenômeno cuja complexidade não pode ser ignorada e que não se reduz à estrutura formal de um silogismo” (grifos no original). WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.005, p. 256, 257.

(en toda su complejidad). De esta evaluación cruzada surge la decisión judicial, cuyas consecuencias se proyectan directamente al menos en dos esferas: primero, la del propio asunto resuelto mediante la decisión, y segundo la de la confianza pública en el estado racional de derecho. Esta última esfera posee una trascendencia política tal que difícilmente podría ser exagerada. Por tratarse de una acción, que es seleccionada en virtud de reglas en concurrencia con evidencias fácticas, la decisión judicial siempre es elaborada y definida bajo condiciones de incertidumbre; el adecuado uso de la información actúa como corrector de la misma. En consecuencia, el terreno seguro de la sola validación deductiva parece quedar cerrado, y la racionalidad de la selección sólo puede ser evaluada a la luz del manejo que se efectúe de la información disponible (grifos acrescidos).⁴⁴⁸

Em análise simplificada, acredita-se que a decisão não pode ser considerada como conclusão de um silogismo.⁴⁴⁹ Somente após a decisão ser proferida é possível construir o silogismo, pois este, na sua lógica, se forma a partir de enunciados definidos *a priori* como verdadeiros. Desta forma, a utilização do silogismo na fundamentação em nada contribui para a solução de um conflito, simulando uma racionalidade desnecessária.

Ao tratar da relação entre precedente e silogismo, acredita-se que nenhuma contribuição será adicionada ao contexto do processo democrático na construção da decisão. A decisão que incluir o precedente, como seu fundamento, necessariamente exigirá uma densidade interpretativa maior, pois os fatos e as normas do precedente devem ser agora cotejados com o caso *sub judice*, o que não implica qualquer relação com o silogismo.

No processo democrático, construído a partir do contraditório e da ampla defesa, a única premissa verdadeira é que o processo se constrói pela participação das partes e do juiz. A decisão não se reduz a um silogismo, uma vez que somente a partir do conjunto probatório e das argumentações das partes produzidos em contraditório, no procedimento, é que o juiz, também argumentando, decidirá o conflito.

⁴⁴⁸ BARRAGÁN, Julia. La decisión judicial y la información. **Revista de teoría y filosofía del derecho**, México, n. 1, p. 99-109, 1.994.

⁴⁴⁹ “[...], consignamos que o **silogismo**, como expressão verbal, é uma forma de argumentação **dedutiva**, pela qual de um **antecedente** (duas premissas), relacionando **dois termos** (extremos) a um **terceiro** (o médio), tiramos uma **consequente** (conclusão) que **une** esses dois termos (extremos) entre si. **A argumentação é a disposição correta de premissas para uma conclusão**. [...]. Assim, o ato de relacionar racionalmente constitui o movimento, iniciado no juízo, de **ligar, reunir e compor** objetos intelectuais **com o fim de provar uma asserção**, por meio da **combinação** de asserções **já aceitas**” (grifos no original). ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico**. Bauru: Edipro, 2.000, p. 264.

Ao aceitar a tese do silogismo, ter-se-ia um silogismo postergado, que passaria a existir, tão somente, a partir da publicação da decisão,⁴⁵⁰ sujeito à correção, no caso de provimento de um possível recurso interposto. Na melhor hipótese, ter-se-ia, assim um silogismo construído *a posteriori*, desconstituindo o próprio conceito de silogismo.

Por outro lado, seria leviano defender a insignificância do silogismo. Este será útil, em sua forma de raciocínio dedutivo, inclusive no processo, para amparar a pretensão recursal da parte, quando a conclusão apresentada na fundamentação pelo órgão julgador não se derivar dos termos maior, médio e menor, contidos nas premissas. Esta situação, porém, somente está estabilizada em momento posterior ao proferimento da decisão, quando será possível verificar a veracidade ou falsidade da conclusão.

Assim, verifica-se que o silogismo não se apresenta como método válido e suficiente para amparar a construção da fundamentação da decisão, ainda que se apresente com aparência de validade e como se, a partir dele, fosse possível concluir logicamente o resultado esperado.

5.5. Fundamentação da decisão e racionalismo

Não é mais tempo de permanecer no racionalismo do século XVIII, que nele se apoia o positivismo, para resolver conflitos levados à jurisdição. Apenas a lógica aristotélica não é suficiente e necessária para fundamentar a decisão, considerando a subsunção do caso *sub judice* ao precedente ou à norma, em razão dos vários matizes nos quais a vinculatividade se apresenta. Ao adotar esta técnica, o precedente vinculante torna-se uma quase-verdade universal, descontextualizado de seu conteúdo.

⁴⁵⁰ “Nos três juízos, ‘a lei é a premissa maior’, ‘o caso concreto é a premissa menor’ e ‘a sentença é a conclusão’, não há meio de se identificar onde está o termo maior e o termo menor. E essa identificação seria de absoluta necessidade para o modelo de raciocínio que se postulava, pois o termo maior é o termo predicado da conclusão, e a premissa maior deve contê-lo; o termo menor é o termo sujeito da conclusão, e a premissa menor deve contê-lo. Não há como se identificar, igualmente, o termo médio, que não aparece na conclusão, mas comparece nas premissas. Apenas depois de proferida a sentença, seria possível encontrar as proposições que lhe teriam servido de base, mas não antes. Pelo modelo do silogismo, poder-se-ia pensar em estranhos arranjos e estranhas seriam as conclusões deles inferidas”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012, p. 38.

A impressão que se tem é que a obrigatoriedade *a priori* do precedente não se harmoniza com o processo democrático, pois, a solução da demanda já se inicia em bases normativas obrigatórias preconcebidas pelos tribunais, independentemente se foram ou não construídas democraticamente.

Em relação à semelhança do precedente vinculante com a súmula vinculante, poder-se-ia reivindicar que o procedimento regimental do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante,⁴⁵¹ prevê a possibilidade de manifestação dos interessados (art. 354-B), traduzindo uma suposta garantia processual constitucional, o que igualmente poderia também se adotar para os precedentes obrigatórios. Entretanto, a participação dos interessados, no procedimento do Supremo, se resume, tão somente, à singela manifestação no prazo de 5 (cinco) dias, o que parece não configurar a garantia do contraditório. Se o contraditório está presente, este o faz entre os ministros do Supremo, com direito a se manifestarem e argumentarem mais amplamente sobre o tema da súmula vinculante.

Acredita-se que os precedentes persuasivos combinam melhor com o processo constitucional democrático, pois é a partir da argumentação, da participação e do consenso que o precedente será aplicado ou não ao caso *sub judice*.

A possibilidade de incidência de um precedente vinculante a uma demanda resulta em um pré-conceito a influenciar a decisão do órgão julgador, em razão da regra de subordinação pré-concebida.

Não é crível que o precedente vinculante, configurado como norma universal, genérica e abstrata, seja de alguma forma compatível com os princípios democráticos, pois, o seu afastamento exige uma altíssima densidade contra-argumentativa se comparada ao precedente persuasivo, uma vez que o precedente obrigatório incorpora, *a priori*, um caráter autoritário e hierárquico.

Lenio Streck, com razão, afirma que a subsunção, o método e o positivismo circunscrevem a solução dos conflitos ao racionalismo, a partir da aplicação da

⁴⁵¹ Título XIII - DA SÚMULA VINCULANTE, arts. 354-A a 354-G. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 15/10/2.014.

lógica, encarcerando o direito e os precedentes a uma relação sujeito-objeto,⁴⁵² a ser superada pela relação sujeito-sujeito, ínsita à modernidade.

Desta forma, é crível que os precedentes persuasivos estejam melhores situados em relação aos princípios do Estado Democrático de Direito, uma vez que o consenso e o convencimento que lhe são intrínsecos, a permitirem a construção da decisão de forma participada.

5.6. Decisões fundamentadas em ementas

Não é incomum encontrar, em consulta às bases de dados dos tribunais, decisões que se amparam em ementas, fragmentos de sentenças ou acórdãos, que pouco ou nada traduzem o mérito da demanda julgada.⁴⁵³

Ocorre que não se pode considerar que ementas exerçam, tão somente, a função de precedentes com densidade interpretativa processual para fundamentar decisões, conforme assinala Lenio Streck:

[...], a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos etc.) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes protolexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois escondem a singularidade dos “casos concretos”.⁴⁵⁴

Na verdade, essa explicitação é o espaço “epistemológico” da hermenêutica. Explicita-se as condições pelas quais se compreendeu. Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação: essa é a questão fundamental, até porque é um direito fundamental.⁴⁵⁵

Há que salientar que a técnica em se adotar a ementa como precedente não está restrita ao ordenamento jurídico brasileiro, pois na Finlândia, como afirma Aulis

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

⁴⁵³ “Com um pouco de atenção e acuidade, pode-se perceber que grande parte de sentenças, pareceres, petições e acórdãos é resolvida a partir de citações do tipo *Nessa linha, a jurisprudência é pacífica* (e seguem-se várias citações padronizadas de número de ementários), [...]. São citados, geralmente, apenas os ementários, produtos, em expressivo número, de outros ementários (ou da fusão destes). Raramente a ementa citada vem acompanhada do contexto histórico-temporal que cercou o processo originário” (grifos acrescentados). STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 13.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

Aarnio (1937-), a ementa (*rubrication*) também é utilizada como precedente,⁴⁵⁶ entretanto, como afirma o autor, a *rubrication* também possui força normativa.

No Brasil, a ementa elaborada solitariamente pelo relator ou redator do acórdão não detém caráter normativo. Não raro, a ementa sequer contém o resumo do voto ou do acórdão, apresentando-se descontextualizada dos fatos e dos motivos determinantes da decisão.⁴⁵⁷

Formulada pela assessoria ou pelo juiz do voto vencedor, de acordo com os seus próprios critérios, a ementa desconsidera o caráter colegiado e participativo dos demais julgadores.

Redigida de acordo com a discricionariedade do julgador, não se exige, para a sua elaboração, qualquer requisito argumentativo, dialético, ou normativo, a fim de que lhe seja outorgada legitimidade para fundamentar outras decisões.

⁴⁵⁶ “In Finland the decisive guiding information of a precedent is included in the so-called 'rubrication'. It includes a description of the legal norm (a rule or a principle) that has to be applied to the facts described in the case. A rubrication is thus not exclusively a description about a solution, but one wants, by its means, to influence the subsequent application of the law. It is thus a normative instruction. A rubrication contains an indication of the relevant facts as decided on; an explicit holding on an issue of law, or *ratio decidendi*; an explicitly formulated (or implicit) rule; and, sometimes, an explicitly formulated (or implicit) principle. It is the *ratio decidendi*, whether in the form of a rule or a principle. Consequently, a judge solving a subsequent case receives the guiding information expressly from the rubrication. In many cases, the normative guiding information is, however, expressed only implicitly and has to be rationally reconstructed on the basis of the rubrication and the other parts of the precedent. In this regard, the rubrication must be interpreted in a similar way as statutes have to be interpreted in cases of ambiguity and so on”. Em tradução livre: “Na Finlândia, o decisivo guia informativo de um precedente está incluído na chamada *rubrication*. Ela inclui uma descrição da norma jurídica (uma regra ou um princípio) que tem de ser aplicada aos fatos descritos no caso. A *rubrication* não é, pois, exclusivamente uma descrição sobre uma solução, mas se quer, por seus meios, influenciar posteriores aplicações do direito. É, portanto, uma instrução normativa. A *rubrication* contém a indicação dos fatos relevantes decididos; uma exploração explícita sobre uma questão de direito, ou *ratio decidendi*; uma regra explicitamente (ou implicitamente) formulada; e, às vezes, um princípio explicitamente (ou implicitamente) formulado. É a *ratio decidendi*, quer sob a forma de uma regra ou de um princípio. Consequentemente, um juiz resolve um caso subsequente recebendo orientações expressas da *rubrication*. Em muitos casos, as informações orientativas normativa são, no entanto, expressa apenas implicitamente e tem de ser reconstruída racionalmente sobre a base da *rubrication* e por outras partes do precedente. A este respeito, a *rubrication* deve ser interpretada de uma forma semelhante à interpretação dos estatutos, em casos ambíguos e assim por diante”. AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, Daniel Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot-Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1.997, p. 92.

⁴⁵⁷ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Enunciados de súmulas: Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes#autores>>. Acesso em: 18/01/2.014.

Com toda esta deficiência democrática e argumentativa, mesmo assim, ementas de acórdãos são adotadas como parâmetros para fundamentar decisões,⁴⁵⁸ ressaltando-se que esta situação é rotineira nos tribunais superiores.⁴⁵⁹

Em razão de a ementa não ser passível de impugnação, além de inexistir qualquer participação dos interessados em sua formulação, e em razão de sua suposta singeleza, não raro, é elaborada dissonante do conteúdo do acórdão.

Não incorrendo em prejuízos aos interessados no processo, em tese a elaboração da ementa, utilizando esta técnica não traria maiores consequências.

Porém, a partir do momento em que a ementa se torna o núcleo da motivação da decisão, potencializa-se o risco de prejuízos às partes e ao processo constitucional, uma vez que a motivação se funda em texto e interpretação inidôneos para tal função.

É possível concluir que decisões que adotam ementas como parâmetros de fundamentação não são decisões suficientemente motivadas,⁴⁶⁰ ainda que o juiz do caso *sub judice* argumente a seu favor, em razão do vício original que lhe é intrínseco.

Assim, a ementa do acórdão não tem caráter normativo, não serve como precedente e não pode ser utilizada solitariamente para fundamentar decisões.

5.7. Contribuição dos precedentes para a fundamentação da decisão

Os precedentes fazem parte do núcleo do sistema do *common law*, amparado principalmente sobre o princípio do *stare decisis*.

No sistema do *civil law*, o precedente em sentido estrito não ocupa o núcleo do sistema, como o é no *common law*, mas deveria exercer importante função

⁴⁵⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010, p. 45.

⁴⁵⁹ “A redação em fórmulas gerais resumidas fez a tradição pátria, fortemente marcada pelo normativismo, enxergar nesses resumos uma norma a ser utilizada como premissa maior de um silogismo. Paulatinamente, a simples menção à ementa com a subsunção a ela dos fatos da nova causa ganharam relevo, chegando ao nível desmensurado exemplificado há pouco pelos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2.014, p. 99.

⁴⁶⁰ “Por questão de economia de tempo nas sessões, entretanto, tornaram-se comuns julgamentos tidos pelo relator como de casos-padrão se darem pela simples enunciação do número do recurso e leitura da respectiva ementa. Esse, em verdade, é um julgamento nulo, pois não obedece ao dever de plena exposição e fundamentação plenária”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2.014, p. 98-99.

interpretativa para a construção da decisão. Nesta mesma perspectiva alinham-se os enunciados das súmulas e a jurisprudência, na composição dos precedentes em sentido amplo.

No Estado brasileiro, filiado ao sistema do *civil law*, prevalece o princípio da legalidade, conforme dispõe a Constituição da República, a conduzir a norma jurídica, elaborada pelo parlamento, como núcleo principal e democrático do ordenamento, porque construída pelos representantes do povo. Neste sentido, e considerando normas como gênero, cujas espécies são os princípios e as regras, toda e qualquer decisão deve fundamentar a sua última *ratio* nas normas constitucionais e legais postas no ordenamento jurídico.

O precedente em sentido estrito e amplo, ao ser inserido no sistema jurídico brasileiro, se coloca como mais um meio discursivo a contribuir para a construção da decisão democrática, em procedimento realizado em contraditório.

O precedente, configurado pela técnica do sistema do *common law*, considerando as questões de fato e de direito, contribui de forma inequívoca para a integridade do sistema jurídico, pois, a densidade interpretativa que lhe é peculiar, supera, em muito, os tipos de precedentes atualmente aplicados no sistema brasileiro (enunciados de súmulas e a jurisprudência).

Entretanto, não há dúvida que a escolha da técnica a ser utilizada para a aplicação dos precedentes, com a finalidade de fundamentar a decisão, pode conduzir a comportamentos democráticos, como, também, a comportamentos discricionários.

Utilizar precedentes, como se fossem regras universais de caráter genérico e abstrato, pouco contribuirá para a melhoria do sistema processual constitucional.

Por outro lado, a análise criteriosa dos fatos e das normas que compõem o precedente, com a efetiva participação dos interessados, muito contribuem para a qualidade da decisão e, em consequência, de todo o sistema.

Ao adotar a atual técnica de interpretação de enunciados de súmulas, ementas e jurisprudência pelos tribunais, não há dúvida que o precedente se transformará em mais um meio para amparar a discricionariedade dos órgãos julgadores.

Não basta, simplesmente, instituir o precedente no ordenamento jurídico. É necessário aplicá-lo em conformidade com as melhores técnicas participativo-

democráticas na construção da fundamentação da decisão, a fim de que se obtenha maior segurança e estabilidade do sistema.⁴⁶¹

O sistema jurídico brasileiro melhorará se os precedentes se estabelecerem sob condições democráticas, asseguradas as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, com a efetiva participação dos interessados na construção do processo.

⁴⁶¹ “Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do *precedente*, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada de decisão judicial”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004, p. 17.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decurso deste estudo, apresentou-se uma breve abordagem sobre os precedentes, envidando esforços para demonstrar a sua contribuição para a fundamentação da decisão, a partir de uma releitura democrática adequada ao processo constitucional no Estado Democrático de Direito. A seguir, são apresentadas as principais reflexões produzidas.

Não é possível conhecer minimamente os fundamentos dos precedentes judiciais sem perpassar pela teoria do positivismo jurídico. Esta teoria, robusta, complexa, muitas vezes ambígua, de origem incerta, se mantém, ainda hoje, influente nos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, forte em uma estrutura hierárquica de poder, deslocada dos fundamentos da democracia participativa e distante das garantias processuais constitucionais, objetivos que exigem permanentes e incansáveis esforços.

O direito, para o positivismo, se refere a um agrupamento de normas, cuja validade está depositada nos atos de autoridades constituídas e somente podem ser revogadas por atos da mesma ou de autoridades superiores, que no direito jurisprudencial do *common law* corresponde aos precedentes.

No sistema do *common law*, o ordenamento jurídico autoriza ao juiz a criação e a aplicação do direito, no exercício da função estatal. A partir dessa autorização surgem os precedentes judiciais vinculantes, em conformidade com o princípio do *stare decisis*. Não há dificuldade em associar o positivismo aos precedentes vinculantes, considerando os aspectos a seguir destacados: a separação do direito e da moral (ao contrário da *equity*), o direito como fato e não como valor, a coatividade do direito, a imperatividade das decisões e a completude do ordenamento, fortalecida no sistema do *common law* pelo princípio do *judge-made law*. O precedente vinculante se mantém consistente com o positivismo jurídico e a sua aplicação está fortemente vinculada à autoridade do Estado, na atuação das cortes, com base em uma norma escrita, no caso, o próprio precedente.

Neste sentido, pode afirmar-se que o Estado Democrático de Direito e o positivismo jurídico não se compatibilizam, pois o último considera o direito como imposição coercitiva e conservativa do poder estatal, no qual povo e Estado são entidades jurídicas distintas e inconciliáveis, ainda que se considere a tipologia do Estado de Direito, porque falta a este a essência democrática.

O formalismo procedimental no berço *common law*, até o século XIX, demonstra que os juristas ingleses não canalizavam suas preocupações em relação ao conteúdo da decisão, e este fenômeno pode ser sintetizado na expressão: *Remedies precede rights*. Nessa perspectiva, observa-se que o objetivo do *common law*, ainda que estruturado nos precedentes, não era a proteção dos direitos, consistia, basicamente, na fixação de regras de procedimento para garantir, em um maior número de casos, a solução dos litígios, conferindo pouca importância ao mérito da controvérsia, o que caracteriza também um dos requisitos do positivismo jurídico.

As modificações no sistema jurídico inglês, nos séculos XIX e XX, não foram suficientes para resolver as dificuldades de sua adaptação ao Estado Social de Direito, em razão da estrutura casuística e jurisprudencial do *common law*. As maiores dificuldades dizem respeito à relação entre o *common law* e os tratados de direitos humanos, *Human Rights Acts*, cuja aplicação impede ao juiz a possibilidade de revogar normas que estejam em conformidade com os direitos humanos, reduzindo, desta forma, a autoridade do princípio do *stare decisis* e limitando o poder do órgão julgador.

Em semelhança de sentidos, a adequação dos precedentes ao processo constitucional do Estado Democrático de Direito, no sistema jurídico brasileiro, exige uma autêntica releitura do instituto, para a qual são aproveitáveis as contribuições teóricas de Dworkin, nos aspectos relacionados à integridade e aos argumentos de princípio. As contribuições de Dworkin são essenciais para a ciência do direito, para os direitos fundamentais e para o Estado Democrático de Direito, principalmente quando se trata da aplicação do precedente judicial, que no sistema jurídico do *common law* incorpora uma forte tendência utilitarista.

A prevalência da liberdade (liberalismo) sobre a igualdade (democracia) ou vice-versa encontra na filosofia política um grande problema, que irá refletir na produção e aplicação do direito democrático. No campo da formação e da produção do direito, as normas sofrem decisivas influências políticas e morais. Entretanto, na aplicação destas normas jurídicas, ao caso concreto, não é democrático a autoridade jurisdicional, na fundamentação das decisões, se amparar em componentes morais, subjetivos, arbitrários, discricionários e em argumentos políticos. Ao contrário, os argumentos de princípio são indispensáveis para a

construção do processo jurisdicional de caráter democrático, a partir do qual o processo e as decisões são delineados comparticipadamente.

Não se acredita que seja legítima a criação do direito pelo órgão julgador. A legitimidade para criar o direito é originária da função legislativa, cujo corpo é composto de cidadãos eleitos por seus representantes, ainda que o sistema seja imperfeito e esteja corrompido. Juízes, em regra, não são eleitos e não detém qualquer compromisso com o eleitorado. A criação do direito por decisão judicial se dá, sempre, *post factum*. Ao criar o direito, por meio da decisão judicial, portanto, posterior ao conflito, o juiz estará retroagindo a norma ilegitimamente instituída por ele, para aplicá-la a um fato ocorrido no passado, resultando, assim, em ofensa ao princípio da irretroatividade da norma, princípio este tão caro à segurança jurídica dos jurisdicionados.

No Estado Democrático de Direito, é ilegítima a criação do direito pelo precedente, ressaltando-se que a sua função não é criar direitos e sim aumentar a estabilidade e coerência do sistema jurídico, observando e aplicando o direito criado por seu autêntico titular, quais sejam, os representantes eleitos pelo povo. Em sistemas jurídicos caóticos, como se encontra o brasileiro, a permissão para o judiciário legislar desestabiliza ainda mais o sistema, uma vez que o órgão julgador culmina por atuar discricionariamente, atuando, ora como mandatário da função executiva, ora como representante parlamentar.

O processo não é o espaço apropriado para o exercício da discricionariedade. Os juízes estão obrigados a respeitar a supremacia do legislativo e também a observarem os precedentes dos tribunais, para a eficiência e consistência do sistema.

Deste modo, os precedentes, como regras jurisprudenciais que são, devem ser aplicados no ordenamento por meio de argumentos de princípio, a fim de contribuírem para a integridade e estabilidade do sistema jurídico. A força gravitacional do precedente somente será legítima se a decisão anterior se ativer a argumentos de princípios, pois os argumentos de política se referem a objetivos estratégicos e contingentes da função legislativa.

Os precedentes se aplicados tão somente para reduzir o estoque de processos acumulados nos tribunais, focados na “eficiência quantitativa”, pouco ou nada contribuirão para o desenvolvimento do processo jurisdicional e para garantia

dos direitos fundamentais. Configurar-se-ia, nada mais que, uma ação política de efeitos deletérios para mascarar a triste realidade da “justiça” brasileira.

O direito, no Estado Democrático, se manifesta em reflexões e interpretações construtivo-participadas, possibilitando a sua aplicação direcionada às melhores justificativas das práticas jurídicas. Nessa dimensão, os precedentes passam a atuar na colaboração de um modelo de integridade e de eficiência qualitativa, influenciando positivamente a confiança e a estabilidade do sistema jurídico.

Outro aspecto a ser destacado é o fato de o direito se manifestar e se desenvolver, em considerável parcela de sua atuação, por meio de decisões judiciais. No exercício da jurisdição, a decisão, em regra, define o direito de uma das partes, e a validade daquela deve dar-se por meio da fundamentação. A construção da decisão não se pode originar tão-somente pela atuação da autoridade, imprescindível se faz a participação dos interessados em sua construção, porque serão estes os seus destinatários.

No exercício da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, não se pode aceitar o juiz na posição de autoridade reverencial, quase incontestável, pois, nesta configuração, seria ele o único detentor do poder de decidir, dispensando a necessidade do processo, uma vez que este, apenas, serviria como meio para validar a suposta legitimidade do órgão julgador.

O processo democrático não se harmoniza com o solipsismo e muito menos com a discricionariedade. Esta concede à autoridade um hiperbólico poder de decidir, na ausência de uma clara definição de limites, de forma solitária e de acordo com sua convicção e com a sua consciência. Dependendo do contexto, este amplo espectro de poder não demarcado, posto à disposição do julgador, resulta em um indeterminável número de respostas aos conflitos semelhantes levados à jurisdição, provocando instabilidade ao sistema jurídico e desconfiança na sociedade. Para corrigir tal distorção, não há dúvida que os precedentes contribuem positivamente, pois, auxiliam na interpretação do direito e na fundamentação das decisões.

O precedente se apresenta como uma grande contribuição para melhorar a consistência da decisão, porque o direito se constrói pela história, não é metafísico e não há grau “zero” interpretativo. Entretanto, os precedentes vinculantes não se podem converter em dogmas, exigindo esforços sobre-humanos para ser afastados.

Sabe-se que interpretações nunca são isentas. O intérprete se encontra sempre “contaminado” pelas influências históricas, que conduzirão a sua

interpretação e não há como se desvencilhar de seus pré-juízos e pré-conceitos, para atuar sob um contexto de “asepsia” interpretativa. A via democrática permite a correção destas parcialidades, por meio da efetiva participação dos interessados.

Certo é que o precedente somente assegurará a segurança jurídica, a contribuir para a estabilidade do sistema, se corretamente observada a interpretação democrática do contexto fático-jurídico, em que a decisão que lhe deu suporte foi proferida. De outra forma, o precedente funcionará apenas para justificar casuísmos.

A complexidade da sociedade moderna, associada ao crescente volume de processos, encoraja as partes e o órgão julgador a simplificar os fundamentos da pretensão e da decisão, as quais passam a se orientar, quase por completo, pelas decisões dos tribunais superiores. O sistema jurídico brasileiro, no qual a jurisprudência sobre o mesmo tema oscila em diversas frequências, apresenta, não raro, decisões que se contradizem, inclusive em tribunais que detém a qualidade de superiores, disponibilizando aos interessados e aos julgadores um “cardápio” variado que serve a toda e qualquer pretensão. Esta situação se apresenta inadequada em qualquer sistema jurídico que pretenda prestigiar a aplicação dos precedentes.

A adoção dos precedentes, ao estilo do *common law*, exigirá uma profunda modificação na atuação das partes e do órgão julgador, uma vez que se tornará necessária a análise acurada das questões jurídicas envolvidas, ou seja, as questões de fato e de direito, cotejando o paradigma e o caso *sub judice*. Não bastam as citações de julgados anteriores, de ementas ou de enunciados de súmulas para fundamentar a decisão, pois esta técnica acanhada não se conforma com a aplicação dos precedentes em sentido estrito

O ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, ao categorizar julgados como precedentes, deve adotar requisitos democráticos para a aplicação destes, tais como, a discussão aprofundada e exaustiva do tema, a reconstrução histórica da tese, a aplicação discursiva do precedente, a fixação participada da *ratio decidendi*, as técnicas de afastamento do precedente e o constante diálogo democrático entre os órgãos jurisdicionais. De outra forma, estar-se-ia prestigiando o protagonismo judicial, a fossilização dos precedentes e, tão somente, a eficiência quantitativa na solução das demandas, resultando destes comportamentos uma inevitável redução da densidade democrática do processo.

O novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal em 17/12/2014, avançou na técnica da aplicação do precedente. É importante ressaltar

que a formação e a aplicação do precedente deve ser sempre vinculada aos princípios constitucionais e às normas fundamentais do novo Código de Processo Civil.

Destaca-se, ainda, que a interpretação do precedente não pode limitar-se à interpretação que lhe foi dada pelo julgador original, ou tão-somente pelo órgão julgador do caso *sub judice*, pois, no processo democrático, os interessados na demanda deverão participar para construir a melhor interpretação, evitando o antidemocrático *judge-made law*, no entendimento em que se afirma ser o juiz o criador do direito.

A teoria do precedente vinculante, por si só, não está apta a afastar a discricionariedade do julgador, uma vez que a aplicação do precedente, independentemente de ser vinculante ou persuasivo, também é resultado de uma interpretação. A discricionariedade somente será controlada a partir da intensa participação das partes, asseguradas as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa e do devido processo.

O elemento essencial da teoria do precedente é a semelhança entre as questões jurídicas, de fato e de direito, entre o caso *sub judice* e o caso paradigma, considerando toda a dimensão jurisprudencial acumulada, bem como a ordem normativa instalada.

Não é incomum no sistema jurídico brasileiro a utilização dos precedentes, em sentido lato, se transformarem em regras abstratas, afastadas dos fatos que lhe deram origem, principalmente quando se trata de enunciados das súmulas dos tribunais. Todo e qualquer precedente somente exerce corretamente a sua função de influenciar decisões no presente e no futuro se observado o binômio “questão de fato” - “questão de direito”.

Outro elemento essencial do precedente se refere à *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* corresponde a uma regra jurisprudencial abstrata que se extrai da decisão na solução do conflito, representado e circunscrito pelos fatos levados à jurisdição. Na aplicação dos precedentes, a vinculação se dá a partir da *ratio decidendi* e não a partir da decisão.

Não há consenso sobre a noção do que seja *ratio decidendi* de um case. O tema é controvertido e esta indefinição provoca incertezas e dificuldades no desenvolvimento da fundamentação das decisões e na própria interpretação do princípio do *stare decisis*. A complexidade a respeito da *ratio decidendi* aumenta

quando no julgamento de um recurso há votos que acompanham a decisão vencedora por fundamentos diversos implícitos ou explícitos.

É importante destacar, também, em relação ao estudo dos precedentes o princípio do *stare decisis*. De forma simplificada se refere, nos casos em que é aplicável, ao vínculo obrigatório entre o passado e o presente e o respeito entre instâncias hierárquicas da jurisdição, em que regras jurisprudenciais proferidas pelo órgão julgador superior ou de igual hierarquia nos casos decididos no passado sejam observadas no julgamento das demandas atuais. O princípio do *stare decisis* demonstra uma confiança e respeito ao passado, de modo que esta crença desenvolva um procedimento de sedimentação de determinadas posições jurisprudenciais, que, em tese, apresentariam a vantagem da segurança e da uniformização do posicionamento jurídico em um determinado sentido.

Como característica de todo e qualquer princípio jurídico, o *stare decisis* também não é absoluto e não se aplica a toda e qualquer decisão. Há precedentes que não são obrigatórios e neste caso a sua força é persuasiva, como é o caso das decisões dos tribunais no ordenamento brasileiro.

Há que se entender, que o princípio do *stare decisis* não é propriedade apenas do sistema de precedentes do *common law*. Todo o sistema que objetiva e se preocupa em preservar as suas regras jurisprudenciais construídas no passado participa deste princípio, não necessariamente titularizado por *stare decisis*. Considera-se na aplicação deste princípio uma gradação na intensidade da proteção destas regras jurisprudenciais, estabelecida sobre uma escala representada por um mínimo e um máximo de vinculatividade. Neste contexto, com toda a certeza, se pode afirmar que o sistema jurídico brasileiro sempre adotou o princípio semelhante ao *stare decisis*.

No Estado Democrático de Direito, a fundamentação da decisão constitui a garantia processual das partes, prevista no art. 93, IX da Constituição. O contraditório, a ampla defesa e a observância do ordenamento jurídico são condições indispensáveis e indissociáveis para a formulação fundamentada da decisão. A fundamentação exige uma relação necessária e lógica com o objeto do contraditório, pois o que neste se discutiu e se provou compõe a base da decisão. A decisão não pode ser o produto subjetivo de um só intérprete. No Estado Democrático de Direito, a motivação das decisões é uma justificativa do exercício do poder, que se realiza através da função jurisdicional do Estado.

A fundamentação da decisão mantém um estreito vínculo com os precedentes judiciais, uma vez que a utilização destes na decisão exige a demonstração da relação de convergência entre o precedente e o caso *sub judice*. É em relação à fundamentação e aos fatos que se verificará esta relação e se a fundamentação deve ser democrática, também o deve o precedente.

Interessa observar que no *civil law* a fundamentação da decisão é, em regra, dever constitucional ou legal explícito, endereçado aos juízes, enquanto no sistema do *common law*, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, não há norma escrita genérica que obrigue os juízes a fundamentarem a decisão. A razão para tal configuração não seria o desprezo à necessidade da motivação, mas fundamentalmente a tradição. Ressalta-se que a lógica do precedente parece condicionar a sua sobrevivência à motivação, ao se posicionar como um dos seus requisitos. Ocorre que em sistemas jurídicos instáveis ou incipientes, a inexistência de norma, que obrigue o juiz a fundamentar, pode impedir que a parte sucumbente impugne a insuficiência ou vício da decisão, exatamente pela ausência de sua obrigatoriedade.

A motivação das decisões extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, para atender a garantia constitucional do processo democrático, a fim de evitar a discricionariedade, a arbitrariedade e a omissão. É também forma de controle da sociedade sobre o órgão julgador, uma vez que os juízes exercem função estatal, outorgada pelo povo. A decisão não pode ser forjada por pura convicção do julgador ou com fundamento em seus sentimentos. A decisão judicial no Estado Democrático de Direito é fruto da construção participada, de forma a não causar surpresa às partes, situação que ocorre quando o órgão julgador fundamenta a decisão em normas ou em precedentes que não foram discutidos no procedimento realizado em contraditório.

Todos os atos jurídicos a serem praticados no Estado Democrático de Direito, e neste sentido incluem-se todas as decisões estatais, devem observar o fundamento democrático, que exige a participação dos interessados nos atos que lhes dizem respeito. Nesta perspectiva não se pode aceitar que órgãos do Estado, utilizando os precedentes, atuem de forma discricionária, omissa ou parcial, trazendo prejuízos à sociedade e àqueles que são os maiores interessados. Há casos nos quais o órgão julgador sequer fundamenta a decisão, simplesmente afirma que tal norma incide sobre determinado fato, não esclarecendo os argumentos que dão

suporte à sua afirmação. Em outros casos, o decisor nada menciona sobre o que o levou a desconsiderar as razões do sucumbente, inculcando neste uma sensação de impotência, por sequer conhecer os motivos que levaram à sua derrota. Muitas vezes este comportamento estatal é prestigiado pelos tribunais superiores.

Para corrigir a anomalia da inexistência ou da insuficiência de fundamentação nas decisões proferidas pelo Estado, questão há muito abordada pela Escola Mineira de Processo, tornou-se necessário que o novo Código de Processo Civil, em dispositivo específico, dedicasse-lhe tratamento especial, exigindo do órgão julgador requisitos para uma fundamentação idônea. Na perspectiva atual do novo Código de Processo Civil, é imperativo que o órgão julgador fundamente toda e qualquer decisão, considerando conjuntamente os artigos 11 e 486, parágrafos 1º, 2º e 3º, em total observância com o objeto do contraditório.

Decisões não fundamentadas ou fundamentadas insuficientemente, ainda que fundadas em precedentes, demonstram que o órgão decisor não exerceu corretamente a função que lhe é outorgada pelo Estado, comportamento omissivo que demonstra tendências arbitrárias pela reserva de uma manifestação que não lhe é permitida.

A fundamentação da decisão é o ponto relevante para o controle das partes sobre a decisão proferida pelo órgão julgador, a fim de verificar se as provas e os argumentos apresentados durante o processo foram considerados, avaliados ou negligenciados.

Considerando a relevância das garantias constitucionais do processo: o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões, observa-se que estas garantias se referem a um conjunto indissociável de proteção, conduzindo a um resultado ineficaz se estas garantias não forem respeitadas em bloco.

Os precedentes, se utilizados, com seriedade, na fundamentação da decisão, considerando as argumentações sobre as semelhanças ou dissimilaridades fáticas e de direito, a exigirem interpretações com maior densidade de conteúdo, terão maiores chances de convencerem os interessados a não interpor recursos, contribuindo para a redução do número de processos nos tribunais. A fundamentação de boa qualidade beneficia as partes e o próprio órgão julgador *ad quem* na apreciação do recurso, uma vez que permite aos interessados avaliarem os caminhos e entendimentos adotados pelo juízo *a quo* na decisão. O precedente não deve ser universalizado como norma genérica e abstrata, pois, em sua concretude,

representa mecanismo adequado para a análise conjunta dos fatos e das normas legais e jurisprudenciais, ressaltando-se a necessidade, urgente, de se criarem mecanismos eficientes para o tratamento democrático e contínuo da crescente litigiosidade individual.

Vislumbra-se que o racionalismo do século XVIII, apoiando-se nele o positivismo, não se apresenta completamente adequado a resolver conflitos levados à jurisdição. A lógica aristotélica não é a mais adequada para fundamentar uma decisão, considerando a subsunção do caso *sub judice* ao precedente vinculante, como demonstra a própria variabilidade da escala da força vinculativa do precedente. Conjectura-se que a obrigatoriedade, *a priori*, do precedente não se harmoniza com o processo democrático, pois, a solução da demanda já se inicia em bases normativas obrigatórias preconcebidas pelos tribunais, independentemente se foram ou não construídas democraticamente. Acredita-se que os precedentes persuasivos combinam melhor com o processo constitucional democrático, pois é a partir da argumentação, da participação e do consenso que o precedente será aplicado ou não ao caso *sub judice*.

No Estado brasileiro, filiado ao sistema do *civil law*, prevalece o princípio da legalidade, conforme dispõe a Constituição da República, que revela a norma jurídica, elaborada pelo parlamento, como núcleo principal e democrático, porque construída pelos representantes do povo. Neste sentido, e considerando normas como gênero, cujas espécies são os princípios e as regras, toda e qualquer decisão deve ter a sua última *ratio* na “lei” e na Constituição. Entretanto, o precedente em sentido estrito, ao ser inserido no sistema jurídico brasileiro, se coloca como um meio discursivo a contribuir para a construção da decisão democrática, em procedimento realizado em contraditório.

Finalmente, procurou-se, com o desenvolvimento do estudo, contribuir para a construção do sempre inacabado Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a contribuição do precedente para a integridade do sistema jurídico é inequívoca, pois a densidade interpretativa que lhe é peculiar amplia o discurso participativo na construção da fundamentação, uma vez que, em sua configuração, não há como desprezar as questões de fato e de direito. Mas, não basta instituir, simplesmente, o precedente no ordenamento jurídico. É necessário utilizá-lo, observando a melhor técnica para que se obtenha segurança e estabilidade. É certo, que o progresso do sistema jurídico brasileiro dependerá diretamente das condições democráticas da

instituição dos precedentes, asseguradas as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, com a efetiva participação dos interessados na construção do processo e da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *In*: MACCORMICK, Daniel Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot-Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1.997.

AFONSO, Elza. M. M. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. 1.982. 312 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-rey d. Philippe I**. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1.870.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico**. Bauru: Edipro, 2.000.

ANDREWS, Neil. **The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in england**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2.008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4^a. ed. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1.991.

ATAÍDE JÚNIOR, J. R. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá. 2.012.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Atienza. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org. e Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.014.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray, 1.832.

AUSTIN, John. **The province of Jurisprudence determined**. Ed. W.E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1.995.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15^a. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2.014.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Enunciados de súmulas: Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes#autores>>.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle José Coelho. Falta aos tribunais formulação robusta sobre precedentes. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/falta-aos-tribunais-formulacao-robusta-precedentes>>.

BAKER, J. H. **An introduction to english legal history**. 4^a. ed. London: Butterworths, 2.002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1.996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 323–352, 2.006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões jurisdicionais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. *In*: **Temas de direito processual: segunda série**. 2^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2.014.

BARRAGÁN, Julia. La decisión judicial y la información. **Revista de teoría y filosofía del derecho**, México, n. 1, p. 99-109, 1.994.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2.008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 331-345, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Elementos para a construção de um direito jurisprudencial. *In*: MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008.

BENTHAM, Jeremy. **A comment on the commentaries and a fragment on government**. Ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart. New York: Oxford University Press, 1.977.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 1.996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et al. 11^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.998, vol. I.

BONAPARTE, Napoléon. **Code civil des français. Édition originale et seule officielle**. Paris: Imprimerie de la République, 1.804.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10ª. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2.000.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Emenda aglutinativa global ao PLC-8.046/2.010, apensado ao PL 6.025/2.005.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>, <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12224-resolucao-no-106-de-06-de-abril-de-2010>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do poder judiciário**. Brasília, 2.014.

BRASIL. **Constituição de 1.824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Censo demográfico 2.010 – Família e domicílio. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000010435610212012563616217748.pdf>>.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1.973. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm

BRASIL. **Senado Federal**. Novo Código de Processo Civil. Texto Consolidado com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 20/01/2.015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200101540593&data=28/10/2.003>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=510>> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Apelação nº 2004.03.99.029646-8 967826 AC-SP, Rel.: Juiz Conv. Manoel Álvares, Órgão Julgador: 4ª Turma, Julg.: 29/09/2.004.

BRÊTAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2.012.

CAENEGEM, R. C van. **The birth of the english common law**. 2ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1.988.

CAENEGEM, R. C van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1.984-1.985**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.010.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1.960.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Ed. Líder), , 2.001.

CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2ª. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2.000.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4ª. ed, corr., ampl., 1ª reimpr. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.994.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.006.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão-de-facto - questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Livraria Almedina, 1.967.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Um matemático desviado pelo Direito. [28 de setembro, 2.012]. Londrina: **Gazeta do Povo**. Entrevista concedida a Joana Neitsch. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/entrevistas/conteudo.php?id=1301606>>.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2.000.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Direito processual constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2.001.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; QUINAUD PEDRON, F. B. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. *In: Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais.* Belo Horizonte: Fórum, 2.010.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2.009.

Court structures of the common law world. **JustCite.** Disponível em: <www.justcite.com>.

COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony; BURTON, Mandy. **English legal system in context.** 5ª. ed. New York: Oxford University Press, 2.007.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law.** 4ª. ed. reimpr. New York: Oxford University Press, 2.004.

CUETO RÚA, Julio César. **El Common Law – su estructura normativa, su enseñanza.** Buenos Aires: Editorial la ley, 1.957.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Revista de filosofia Kriterion.** vol. 46, nº. 111. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais, 2.005, *Jan./June* 2.005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2005000100005>>.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos.** 11ª. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2.010.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** 5ª. ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1.979.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2.001.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Editora Método, 2.006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 3ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2.003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica**

jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 21^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2.010.

LAWTEACHER. Doctrine of precedent – law making potential. **English legal system lecture notes.** Disponível em: <<http://www.lawteacher.net/english-legal-system/lecture-notes/judicial-precedent-2.php>>.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2.008.

DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **University of Chicago law review,** Chicago, n. 35, p. 14-46, 1.967-1.968.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1.978.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge: Harvard University Press, 1.985.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** Cambridge: Harvard University Press, 1.986.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1.999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

EDLIN, Douglas E. Introduction *In*: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory.** Cambridge: Cambridge University Press, 2.007.

ENGLAND. **House of Lords.** Practice statement (judicial precedent) [1.966] 1 W.L.R. 1234. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/other/cs2/19661WLR1234.html>>.

ENGLAND. **House of Lords.** McLoughlin v O'Brian [1.983] 1 AC 410, 429. Disponível em: <<http://e-lawresources.co.uk/cases/McLoughlin-v-O-Brian.php>>.

ENGLAND. **House of Lords.** McLoughlin v O'Brian [1.983] 1 AC 410, 429. Disponível em: <<http://www.pierre-legrand.com/mcloughlin-v-obrian.pdf>>.

ESPAÑA. **Constitución española.** Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/Lists/constPDF/Constitución%20Espa%C3%B1ola%20-%20Texto%20consolidado.pdf>>.

ESPAÑA. **Ley de enjuiciamiento civil de 1.871.** Gaceta de Madrid, Madrid nº 38, p. 353-356, 7 feb. 1.881. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1881/036/R00326-00518.pdf>>.

FAZZALARI Elio. **Istituzione di diritto processuale.** Padova: CEDAM, 1.975.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. 4ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2.003.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2.011.

FIORATO, Débora; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista eletrônica de direito processual**. Rio de Janeiro, ano 4, vol. 5º, Jan-Jun, 2.010.

FRANÇA. **Code de procédure civile, suivi du tarif des frais et depens**. Édition originale ete seule officielle. Paris: De L'imprimerie Impériale, 1.810.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2.009.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. *In*: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2.003, p. 159-195.

GARDNER, John. Some Types of Law. *In*: EDLIN, Douglas E. (ed.) **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2.007.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.001.

GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. New York: Oxford University Press, 2.000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1.992.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria geral do processo**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2.012.

GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, nº. 2, Dec. 1.930, p. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 10/02/2.015.

GOODHART, Arthur Lehman. **Precedent in english and continental law**. London: Stevens and Sons, Limited, 1.934.

GREEN, Leslie. Legal positivism. **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Edward N. Zalta (ed.), 2.009. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2.010.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2ª ed. Oxford: Clarendon, 1.994.

HART, H. L. Positivism and the separation of law and morals. **Harvard law review**, vol. 71, nº. 4, feb., 1.958, p. 593-629. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338225>>.

HELMHOLZ, Richard. H. Natural law and human rights in english law: From Bracton to Blackstone. **Ave Maria law review**. 2.005, vol. 3, p. 20. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2480&context=journal_articles>.

HOBBS, Thomas. **The english works of Thomas Hobbes of Malmesbury**. London: John Bohn, 1.840, vol. VI.

HONDIUS, Edwoud. General report. *In*: **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Ed. Edwoud HONDIUS. Bruxelles: Etablissements Emile Bruyland, 2.007.

ITÁLIA. **Codice di procedura civile del regno d'Italia**. Milano: Stamperia Reale, 1.865.

ITÁLIA. **Costituzione della repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/CostituzioneRepubblicaItaliana.pdf>>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2.007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1.984.

LARA, João Bosco Pinto. Ativismo judicial: o que é, sem meias palavras. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, Caderno Direito e Justiça, 21/03/2.014.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2.002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2.002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo. Primeiros estudos**. 11ª. ed. São Paulo: Editora Forense, 2.012.

LEAL, Saul Tourinho. Julgamentos em listas, com advogado silenciado, mostra que fracassamos. **Revista Valor Econômico**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/3573268/julgamentos-em-listas-com-advogado-silenciado-mostra-que-fracassamos>>.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo, **Direito processual civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1.948, vol. III.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.014.

HABERMAS, Jürgen, **Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. New Baskerville: MIT Press, 1.996.

HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2ª. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2.003, vol II.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2.007.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1.978.

MACCORMICK Neil. **Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2.005.

MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**. 2ª. ed. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2.010, vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2.010.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte, Vega, 1.981.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 28, p. 183-202, 2.000.

MAXIMILIANO Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1.997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.003.

MÉXICO. **Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.997, vol 1.

NOGUEIRA, G. S. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá. 2.008.

NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências 'não compreendidas' de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 41-82, set. 2.011.

NUNES, Dierle José Coelho. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>>.

NUNES, Dierle José Coelho. É preciso repensar o modo como os tribunais vêm atuando. **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modo-tribunais-atuam>>.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio Delfino. Infantilização dos advogados e juízes: mais um PL que tenta esvaziar a defesa técnica do cidadão. **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/02/infantilizacao-dos-advogados-e-juizes-mais-um-pl-que-tenta-esvaziar-defesa-tecnica-cidadao>>.

NUNES, Dierle José Coelho. Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário. **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.

PERELMAN Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1.996.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND, Frederic William. **The history of english law before the time of Edward I**. 2ª. ed. Indianapolis: Liberty Fund Inc., 2.010, vol. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a emenda nº 1 de 1.969**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.987, tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.946**. São Paulo: Max Limonad, 1.953, tomo V.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art205>>.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2.003.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2.007.

PRINCETON UNIVERSITY. **Edward Coke**. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Edward_Coke.html>.

PRINCETON UNIVERSITY. **Utilitarianism**. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Utilitarianism.html>>.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010.

RAWLS, John. **A theory of justice**. 6ª pr. rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2.003.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Revista de Processo**, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1.994.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.012.

SECONDAT, Charles Louis de. **The complete works of M. de Montesquieu**. London: T. Evans, 1.777, vol 1.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 6ª. ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2.003.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 11ª. ed. New York: Routledge, 2.010.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The english legal system**. 14ª. ed. New York: Routledge, 2.013.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. **Isonomía - Revista de teoría y filosofía del derecho**. México, n. 21, p. 217-255, octubre, 2.004.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 54, p. 29-46, 2.007.

STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. *In*: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010.

STRECK, Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? **Revista Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso - Constituição, hermenêutica e teorias discursivas - Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª. ed. rev., ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2.009.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.014.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. *In*: MACCORMICK, Daniel Neil; SUMMERS, Roberts S. (Edited by). **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot-Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1.997

TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal**. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2.003.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2.006.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. *In*: **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2.008.

TRIBE, Laurence H.; DORF, Michael C. **On reading the Constitution**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 1.991.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.009.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests**. 2ª. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1.894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.005.

WHITTAKER, Simon. Precedent in english law: A view from the citadel. *In*: HONDIOUS, Ewoud (ed.). **Precent and the law: reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2.007.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2.010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2.015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.012.